

DIREITO DO TRABALHO

EDILTON MEIRELES
SILVIA TEIXEIRA DO VALE
ORG.

visto pelos

MAGISTRADOS



Valdemir Paiva

EDITOR-CHEFE

Éverson Ciriaco

DIREÇÃO EDITORIAL

Katlyn Lopes

DIREÇÃO EXECUTIVA

Vitor Batista

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Paula Zettel

DESIGN DE CAPA

Brenner Silva

DIAGRAMAÇÃO E PROJETO GRÁFICO

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

BIBLIOTECÁRIA: MARIA ISABEL SCHIAVON KINASZ, CRB9 / 626

D598 Direito do trabalho visto pelos magistrados /
organização de Edilton Meireles e Sílvia Teixeira do Vale – 1.ed. - Curitiba:
Editorial Casa, 2022. 406p.: il.; 23cm
Vários colaboradores
ISBN 978-65-5399-150-7

1. Direito do trabalho. I. Meireles, Edilton (org.). II. Vale, Sílvia Teixeira (org.).

CDD 344.01 (22.ed)

CDU 331.16

Nº. Registro Doi: 10.55371/978-65-5399-150-7

1ª edição – Ano 2022

Copyright © Editorial Casa, 2022

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

É proibida a reprodução total ou parcial, mediante quaisquer meios, sem a expressa anuência desta editora.

Não encontrando nossos títulos na rede de livrarias conveniadas e informadas em nosso site,
contatar o Editorial Casa.



Praça Generoso Marques, 27, 14º andar – Centro | CEP 80020-230 | Curitiba-PR

Telefone: (55) (41) 3264-9696 | E-mail: contato@editorialcasa.com.br

www.editorialcasa.com.br

Organizadores

Edilton Meireles
Sílvia Teixeira do Vale

Presidente do TRT-5

Desembargadora Débora Maria Lima Machado

Vice-Presidente do TRT-5

Desembargador Alcino Barbosa de Felizola Soares

Corregedora Regional

Desembargadora Luíza Aparecida Oliveira Lomba

Vice-Corregedora Regional

Desembargadora Léa Reis Nunes

Diretor da Escola Judicial

Desembargador Edilton Meireles

Vice-Diretor da Escola Judicial

Desembargador Jéferson Alves Silva Muricy

Coordenadora Acadêmica

Juíza Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Vice-Coordenadora Acadêmica

Juíza Andréa Presas Rocha

Conselho Consultivo da Escola Judicial / Conselho Editorial

Desembargadora Ana Paola Santos Machado Diniz
Desembargador Rubem Dias do Nascimento Júnior
Juíza Angélica de Mello Ferreira
Juiz Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Juíza Nívea Maria Luz da Silva Torres
Juiz Antonio Souza Lemos Júnior
Juíza Manuela Hermes de Lima

Núcleo de Cursos

Chefia: Lucila Borges Smarcevscki

Assistente: Maurício Borges Farias

Seção de Educação a Distância e Tecnologia

Chefia: Carlos Adroaldo Santiago Lima

Assistente: Vânia Pina

Seção Técnico-Pedagógica

Chefia: Ana Carina Varela Martins Maia

Assistente: Cláudia Valéria Moés Galvão

Seção de Vitaliciamento e Formação Inicial (Logística)

Chefia: Valdícéa Costa do Val

Apresentação

A **Escola Judicial** e o **TRT da 5ª Região** têm a alegria e a honra de trazer ao público a presente obra coletiva, intitulada de DIREITO DO TRABALHO VISTO PELOS MAGISTRADOS, composta por 13 (treze) trabalhos escritos por magistrados do trabalho, que abordam diversos temas relacionados ao direito e processo do trabalho.

A coletânea que ora se publica se insere no programa instituído pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região que procura incentivar a produção científica por parte dos magistrados e outros estudiosos, que, ao certo, com suas experiências, têm muito a contribuir com o debate sobre os mais variados temas que rodeiam o mundo do trabalho.

Esperamos que o leitor possa aproveitar a leitura que reflete o pensamento de parte dos membros da magistratura trabalhista brasileira.

Edilton Meireles

Sumário

Os desafios da proteção trabalhista dos profissionais da rede pública de saúde contratados por organizações sociais 7

Alice Maria da Silva Pinheiro Figueiredo e Séfora Graciana Cerqueira Char

Dispensas coletivas em tempos de pandemia e os deveres de informar e negociar previamente: o caso da latam 37

Andréa Presas Rocha e Flávvywa Wanessa Abreu Marques

Teletrabalho em tempos de pandemia e o direito à desconexão 65

Andréa Presas Rocha e Flávvywa Wanessa Abreu Marques

Uma urgente releitura do art. 651 da clt em face do teletrabalho 93

Andréa Presas Rocha e Flávvywa Wanessa Abreu Marques

Os direitos autorais e conexos na relação de emprego de artistas em espetáculos de diversões 119

Cyntia Cordeiro Santos

Direito potestativo e cláusula puramente potestativa no contrato de emprego. O caso da despedida injusta . 138

Edilton Meireles

STF, natureza jurídica dos Correios e a despedida dos seus empregados públicos (contradições, casuísmo ou superação dos precedentes) 165

Edilton Meireles

Extra! Extra! Extra!

Homem-aranha não faz “hora extra”! 192

Geovane de Assis Batista

Os direitos sociais fundamentais e a inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória 230

Geovane de Assis Batista

O controle de convencionalidade e As convenções n. 189 e 190 da Organização Internacional do Trabalho. . 268

Monique Fernandes Santos Matos

Contrapontos à história do Direito do Trabalho no Brasil 300

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Racismo estrutural e reparação civil: novos rumos para velhas questões 332

Rodolfo Pamplona Filho e Laísla Carla de Carvalho Silva

Despedida coletiva imotivada: a inconstitucionalidade da “modernização” 351

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

Os desafios da proteção trabalhista dos profissionais da rede pública de saúde contratados por organizações sociais

Alice Maria da Silva Pinheiro Figueiredo¹
Séfora Graciana Cerqueira Char²

1 Juíza do Trabalho (TRT20). Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL)

2 Procuradora do Trabalho (PRT5). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA)

1 INTRODUÇÃO

As parcerias entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil para consecução de finalidades de interesse público são atualmente reguladas pela Lei nº 13.019 de 31 de julho de 2014 - conhecida como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC) — a qual apresenta como diretriz o fortalecimento da sociedade civil e o reconhecimento da participação social, destacando, assim, a inegável e fundamental importância da sociedade civil organizada nas políticas sociais.

Diante desta diretriz, era de se esperar que a conformação do novo regime jurídico das parcerias contemplasse, também, a especificidade da proteção às relações de trabalho envolvidas, aproveitando a oportunidade para implementar políticas públicas neste sentido, reconhecendo o entrelaçamento, a relação de interdependência e conjugando, assim, o interesse dos usuários, das organizações e o dos trabalhadores e, desta forma, cuidando do interesse da comunidade como um todo (interesse público primário).

No entanto, o legislador, se absteve deliberadamente e de forma economicamente mais conveniente aos interesses da Administração Pública (interesse público secundário), de agir neste sentido, confirmando tendência que vem se tornando recorrente no regime da reestruturação produtiva quanto à proteção do empregado, debilitando-o diante de uma nova e mais complexa relação jurídica de trabalho:

No se trata de un abstencionismo provocado por las dificultades típicas de una regulación compleja, sino que es un silencio elocuente, esto es, una opción deliberada de política jurídica: no fijar nuevas reglas legale (NAVARRETE, [2014], p.61).

Percebe-se assim, que seguindo a mesma lógica do setor privado no modelo pós fordista de reestruturação produtiva, a utilização das parcerias serviu principalmente como estratégia para evitar problemas com a contratação de “pessoal permanente” como, por exemplo, superar os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a rigidez da Lei de Licitações e a exigência de concurso público, alcançando a flexibilidade característica das novas formas de organização do trabalho.

Quanto aos trabalhadores da área de saúde, acrescenta-se a tendência à municipalização dos serviços de saúde, o que favorece a contratação de equipes através daquelas entidades mais novas e instáveis e que dependem exclusivamente dos recursos das parcerias, exacerbando os riscos para os trabalhadores.

O Estado, ao adotar modelo de gestão da saúde pública por organizações sociais, apoiando-o e financiando-o, estimula a celebração de contratos de trabalho e disto se beneficia, devendo agir de forma coerente com a sua responsabilidade social, o que por sua vez, desafia o incremento da fiscalização pelo ente público também sobre os vínculos dos profissionais da rede pública de saúde contratados pelas OS, fundada no fecundo arcabouço jurídico disponível, inclusive de assento constitucional, e na observação da realidade enfrentada por profissionais da saúde, revelada ao grande público pela pandemia da COVID-19, portanto, da pior forma possível, ao colocar luzes sobre a importância do combate à precarização de trabalho reconhecidamente essencial.

A precarização é sentida claramente através de um fenômeno que tem se apresentado com frequência à Justiça do Trabalho consistente na inadimplência dos créditos trabalhistas quando estes trabalhadores, contratados pelas Organizações Sociais, deixam de receber o pagamento pelos serviços prestados, bem como o comprometimento da saúde e integridade física dos profissionais das unidades públicas de saúde, ou seja,

daqueles que, por princípio, são destinados a zelar pela saúde da população.

2 O SETOR DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Na Constituição Federal de 1988, como resultado do amadurecimento de um movimento democrático³ denominado de Reforma Sanitária e encampado por profissionais da área de Saúde, o direito à saúde foi alçado ao patamar de norma constitucional⁴ tratando-o, a Carta Magna, como direito que estrutura o próprio conceito de dignidade humana (princípio fundamental do Estado brasileiro, art.1º, III), a qual, por sua vez é também, instituída - não se deve esquecer - como finalidade da ordem econômica (art.170), merecendo, assim, a saúde, lugar de destaque desde o preâmbulo da Constituição Federal, até o reconhecimento de sua essencialidade em direitos de terceira dimensão, tal como no capítulo destinado ao meio ambiente (art.225).

A rede de proteção deste direito estruturante da existência humana digna, se desdobra a partir do seu reconhecimento como direito fundamental tanto de natureza individual (como integrante do direito à vida - art. 5º, caput), como de natureza social (art.6º, *caput*), passando pelo reconhecimento da responsabilidade de todos os entes federativos (art.23, II e art.24) - a ponto de possibilitar exceção até mesmo ao princípio federativo para permitir intervenção nos Estados e nos Municípios (arts.34 e 35). Este direito é encontrado na estruturação da ordem social, merecendo capítulo de destaque (Capítulo II, Da seguridade

3 Para pormenores a respeito vale a pena ler o artigo “Reforma Sanitária” da biblioteca Sérgio Arouca no site da Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: <http://bvсарouca.icict.fiocruz.br/sanitarista05.html>. Acesso em 20 de jul. de 2022,

4 Já foi ressaltada a importância deste status normativo para a permanência do direito no sistema jurídico, mas não é demais rememorar que tal posição é impeditiva de qualquer modificação que venha a retirar ou esvaziar o conteúdo deste direito, bem como vincula todos os entes Estatais assim como a sociedade à sua observância.

social - art.194), e seção específica (seção II) na qual se expressa a sua positivação como direito de todos e dever do Estado (art.196).

Bem tão essencial à existência humana digna, não poderia deixar de ter valor econômico igualmente prestigiado segundo a lógica da sociedade capitalista.

3 A ALTERAÇÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL: O ESTADO SUBSIDIÁRIO E A TERCEIRIZAÇÃO LATO SENSU NA SAÚDE

Esta dimensão da saúde, como um dos mais lucrativos mercados para o capital econômico e financeiro nacional e internacional é cuidadosamente demonstrada em pesquisa realizada na UNICAMP (RIZZOTTO⁵, 2000) que refere “o desagrado do Banco Mundial com os avanços dos direitos constitucionais no campo da saúde, no Brasil”, para concluir que se colocada em prática a Constituição, os direitos constitucionais “representariam um entrave para os interesses do capital privado”.

Esta dicotomia está na raiz das controvérsias a respeito da organização do setor de saúde no Brasil, a qual para ser adequadamente compreendida, não dispensa a análise desta intervenção.

Sofrendo a pressão destas influências, o SUS foi instituído em 1990 pela Lei 8.080/90 (sancionada pelo Presidente Fernando Collor) e, seguindo os art.195 da CF, bem como a Emenda Constitucional No. 29, o sistema é regido pela lógica da descentralização de recursos e responsabilidades do governo federal para as outras duas esferas de governo (estadual e municipal).

A LOS (Lei Orgânica da Saúde No.8.080, de 19 de setembro de 1990) estabelece as competências e responsabilidades

5 RIZZOTTO, MARIA LUCIA FRIZON. O Banco Mundial e as políticas de saúde no Brasil nos anos 90: um projeto de desmonte do SUS. Tese de Doutorado - Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Ciências Médicas. Campinas, SP: 2000.

nos três níveis de governo, e no título III está delineada a participação da iniciativa privada.

O art.25º da LOS em consonância com o art.199, parágrafo 1º. da Constituição Federal⁶, estabelece preferência para as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, dando ensejo, então, à multiplicação de parcerias com tais entes do setor privado para a realização de serviços na área de saúde.

A Lei nº 13.019/14, conhecida como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), trata do regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com Organizações da Sociedade Civil. Esta Lei institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Em sessão plenária realizada em 16/4/2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), por votação majoritária, julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1923) ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores — PT e pelo o Partido Democrático Trabalhista — PDT postulando a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei nº 9.637/98 e do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa de licitação, abrindo, assim, a permissão para, nos próprios termos do voto vencedor, um “procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*)”.

⁶ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Por fim, em 14 de dezembro de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.204/15, que resultou da conversão em Lei da Medida Provisória nº 684/15, cujo texto inicial continha apenas a alteração da *vacatio legis*, mas que acabou por receber inúmeros artigos, modificando e inovando a Lei nº 13.019/14 (discussão que retomaremos no Capítulo destinado à análise desta nova Lei).

Tal como exposto supra, essas parcerias são reflexo da nova forma de conceber a organização do trabalho e o papel do Estado, fruto da reestruturação produtiva vivenciada pelo capitalismo nas últimas décadas do século XX, fortemente caracterizada pela busca da redução de custos. Esta tendência, no Brasil, tem resultado na releitura do papel modelo Constitucional de Estado Social, para o de um Estado Subsidiário, ensejando a terceirização lato sensu dos serviços públicos, especialmente a saúde.

Disto resulta que o marco regulatório estabelecido, em princípio, contém diversas lacunas que comprometem a proteção trabalhista, pois o Estado, tal como o empregador na iniciativa privada, adotou o modelo de organização do trabalho típico da descentralização produtiva e, assim sendo, aqui atuou tendo em vista exclusivamente a proteção do seu patrimônio, buscando desonerar-se da responsabilidade com os trabalhadores, cujos interesses somente são contemplados quando tangenciam os interesses do próprio Estado, como percebido durante a pandemia da COVID-19, em que a população aplaudia os profissionais da saúde que arriscavam suas vidas diante de uma doença ainda pouco conhecida e, muitas vezes, com os salários atrasados.

No que tange às unidades públicas de saúde privatizadas, pululam modelos de contratação, muitas vezes de licitude questionável, sendo as mais utilizadas, a de cogestão e a terceirização, implicando no diferimento a essas entidades privadas a contratação de profissionais da saúde como empregados ou como autônomos, ou ainda na quarteirização dos serviços.

Desse modo, analisando a responsabilidade de cada um dos contratantes da relação contratual de prestação de serviços com base na Lei 8.666/93, verifica-se que o papel da Administração Pública é, principalmente, o dever de fiscalização em relação às atividades desempenhadas pelo contratado, conforme previsto no seu Artigo 58, III, no que se refere ao adimplemento das obrigações perante seus empregados, bem como no artigo 67 da mesma lei que, por sua vez, disciplina as atividades do fiscal do contrato, agente público designado especificamente para a missão.

É de inferir-se que de acordo com o art. 5º-A (Lei 6.019, com a redação da Lei 13.429/17) quanto à empresa tomadora, tem-se que é responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato (art. 5º-A, § 3º).

Quanto às parcerias, a obrigação de fiscalizar está prevista no Art.2º. VI da Lei 13.019/14, sem menção explícita às obrigações trabalhistas, as quais, no entanto, devem ser imprescindivelmente fiscalizadas quando se avalia a regularidade da atuação do contratado.

O ente público, seja na relação contratual de prestação de serviços ou em uma relação de parceria, tem o dever de fiscalizar o destino dos recursos públicos investidos e a eficiência da prestação do serviço de saúde, em todo o tempo de duração da relação mantida, seja com a empresa prestadora ou com a Organização Social, plenamente e tempestivamente, e, nesse contexto, deve fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador dos trabalhadores que estão ativos no âmbito da Administração Pública e prestando serviço essencial de saúde.

Impõe-se a necessidade de dar ênfase à fiscalização e preservação pelo ente público dos interesses dos trabalhado-

res contratados diretamente por Organizações Sociais para prestar serviços nas unidades de saúde da rede pública, o que não é incompatível com a natureza colaborativa do vínculo de parceria de que trata a Lei nº 13.019/14, posto que a fiscalização trabalhista pelo ente público deve ser inserida no contexto da verificação da correta destinação dos recursos públicos investidos, da fiscalização sobre a operacionalização da parceria e do atingimento das metas estabelecidas.

Nesse diapasão, o espírito desburocratizador do MROSC não é vilipendiado com a fiscalização empreendida pelo ente público quanto às relações de trabalho mantida entre os trabalhadores da saúde e as Organizações Sociais, posto que o conteúdo desses vínculos impacta diretamente nos resultados alcançados pela pelas OS na prestação do serviço de saúde pública, assumindo a posição de requisito necessário. Ademais, o manto constitucional descrito direciona a leitura que deve ser feita da Lei nº 13.019/14.

4 AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E O RISCO DE INADIMPLÊNCIA TRABALHISTA

No universo multifacetado das Organizações da Sociedade Civil, é possível estabelecer dois perfis distintos: de um lado entidades já consolidadas, tal como as fundações mais antigas, mais estáveis, e de maior porte, com um maior número de empregos formais e de outro lado entidades menores, - e que são as mais recentes - surgidas no contexto da Reforma do Estado, a maioria voltadas para as áreas mais carentes, vivendo de voluntariado, ou de empregos informais, terceirizações variadas e contratações momentâneas quando engajadas em projetos, desprovidas, muitas vezes, de lastro financeiro próprio para as atividades desempenhadas por estas organizações.

De início houve a mudança no tipo do financiamento internacional, que alcançava projetos de médio e longo prazo, para projetos de curta duração (o que possui grave repercussão na duração dos contratos de trabalho) e em seguida a extinção desta fonte de financiamento e sua substituição pelo financiamento Estatal (BORGES, A.; KRAYCHETE, E., 2013, p.03).

Em seguida, surgem as dificuldades enfrentadas com a obtenção do financiamento Estatal, pois surge a necessidade de adaptação às exigências dos Editais e às restrições do financiamento público, reforçando-se a tendência destas Organizações à condição de prestador de serviços ao Estado (BORGES, A.; KRAYCHETE, E. p.05).

Esta condição de prestador de serviços do Estado resulta em dependência financeira em relação aos recursos do projeto e em grave risco de inadimplência quando do término dos ajustes no que diz respeito aos compromissos assumidos.

Além disto, a pulverização dos contratos decorrente da tendência à municipalização, contribui para a dificuldade de uniformização na escolha dos parceiros e no controle da destinação dos recursos, resultando no risco de contratação de parceiros financeiramente inidôneos.

O próprio Ministério da Saúde admite que estes processos resultam em problemas na área trabalhista, criando, em 2003, por meio da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde (SGTES)/ Departamento de Gestão e da Regulação do Trabalho em Saúde (DEGERTS), o Programa Nacional de Desprecarização do Trabalho no SUS - DESPRECARIZA SUS, com o intuito de buscar soluções para a precarização dos vínculos de trabalho nas três esferas de governo.⁷

A dependência do financiamento a programas e projetos tem relação direta com frequentes demissões em massa

⁷ O Comitê Nacional foi criado pela Portaria nº 2.430, de 23 de dezembro de 2003

seguida de inadimplência dos créditos dos trabalhadores, pois quando ocorre a extinção destes projetos, como é usual a ausência de capital de giro destas entidades economicamente dependentes, a consequência natural é o encerramento de inúmeros contratos de trabalho (ABONG, *O dinheiro das ONGs*, 2014, pág.31).

Assim, dos problemas associados à precarização dos vínculos de trabalho, alguns aspectos, em particular, são reforçados por este modelo de parcerias e de financiamentos baseados em projetos: a instabilidade dos contratos de trabalho, a fraude na contratação por pessoa interposta, e a inadimplência dos créditos trabalhistas decorrente da falta de idoneidade financeira dos prestadores, objeto deste estudo.

É importante atentar para a quantidade de vínculos formais, pois quando o quadro permanente é pequeno, isto influi na necessidade de contratar trabalhadores quando da obtenção de financiamentos vinculados à execução de projetos e dispensá-los ao término. E, sob este aspecto, o que se observa é que a proporção de vínculos formais é pequena, fato que ocorre na maior parte das entidades.

A pesquisa do IBGE traz evidências da predominância das pequenas entidades: 72,2% delas (210,0 mil) não possuem sequer um empregado formalizado.⁸

8 Não se pode deixar de gizar que não são incomuns as ocorrências de fraude às relações de trabalho sob as mais diversas modalidades. Mello (2012, p.68) apresenta um dos exemplos mais frequentes: “Moysés et al. (2006) analisam a modalidade de incorporação do trabalho médico no SUS via Cooperativas de Trabalho, tendo em vista o crescimento desta modalidade de contratação dos profissionais médicos na rede de serviços e a fraca regulação do setor público. Os autores apresentam uma série de questionamentos do Ministério Público do Trabalho a respeito de vinculação de médicos e outros profissionais, o que levou em alguns estados à revisão de contratos seguidos de realização de concursos públicos. Pode-se dizer, então, que a cooperativa representa uma mistura de convênio mercantil, compra de serviços tabelados e uma renúncia explícita ao caráter público do serviço como bem comum, o que conspira contra os direitos do trabalhador, estabelecido pela Constituição e legislação trabalhista brasileira. Assim, ao introduzir este esdrúxulo modelo os gestores públicos conspiram contra os direitos democráticos, em nome da “governabilidade/governança” 19, ou seja, compartilham de fato e de jure interesses mercantis e corporativos que passam a predominar no interior das unidades assistenciais do SUS.”

A pesquisa do IBGE (2012, p.48) ressalta que enquanto 253,9 mil entidades têm menos de cinco pessoas ocupadas assalariadas (87,3%), no outro extremo, apenas 1,2% das entidades têm mais de 100 empregados. Nesse pequeno grupo, no entanto, estão concentradas 1,3 milhão de pessoas, o que equivale a 63,3% do total de empregados.

Assim, o financiamento vinculado a projetos estimula a contratação de terceiros e disto também resulta a dispensa destas equipes sobressalentes ao término destes projetos, resultando em demissão em massa de trabalhadores.

Como estas demissões ocorrem em um momento no qual o aporte de recursos não mais existe, é grande o risco de inadimplência dos créditos dos empregados.

Na área de saúde - que necessita de equipes multidisciplinares e com grande número de trabalhadores - as organizações que possuem menor proporção de vínculos formais, acabam precisando se valer de contratos temporários para ofertar os serviços objeto das parcerias, confirmando a tendência à precarização no que diz respeito aos vínculos de trabalho - que se tornam extremamente instáveis - e distorcendo o relevante serviço historicamente prestado por estas entidades, como sintetizam MEDEIROS, ALBUQUERQUE E CAVALCANTI (2004).

Em suma, o risco de precarização do trabalho é efetivamente presente sob os mais diversos aspectos. O que se pode notar também da análise do meio ambiente de trabalho.

5 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

O número abrangente dos casos de adoecimentos, óbitos e afastamentos do trabalho dos profissionais da saúde, decorrente do exercício das suas atividades laborais, é uma realidade que, não obstante antiga, não vinha recebendo a

necessária atenção dos gestores da saúde, públicos e privados, como da sociedade. O cenário da pandemia do COVID-19 impôs o tratamento prioritário dessa pauta, de sorte que é revelador que noções e conceitos próprios da saúde e segurança do trabalho, geralmente restritos aos especialistas da área, têm sido inclusive incorporados aos diálogos corriqueiros, aos noticiários ou pronunciamentos das autoridades públicas.

Quando confrontada com o elevado percentual de acidentalidade e afastamento dos profissionais dessa categoria, a população tem se surpreendido. O número acentuado de casos de adoecimento dessa parcela de trabalhadores, justamente incumbida de cuidar da saúde dos demais, não havia recebido até então a atenção merecida, apesar de há muito já vir sendo abordado e discutido pelas entidades de classe, conselhos profissionais, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Judiciário Trabalhista.

Segundo o Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho⁹, já anteriormente à pandemia, o setor econômico mais notificado e a profissão com mais notificações de casos de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho foram, respectivamente, o setor de atendimento hospitalar e a profissão de técnico de enfermagem. A constatação se mantém também em período posterior à decretação da pandemia, seja tendo por base o território nacional, o estado da Bahia ou o Município de Salvador. Ainda que façamos um recorte, entre todas as profissões na administração pública, a de técnico de enfermagem persiste ocupando a primeira colocação entre as mais notificadas.

O cenário de adoecimento descrito tem se desenvolvido à revelia da normatividade inscrita na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, IV; 5º, XXIII; 7º, XXII; 100, VIII; 170, caput, III, VI; 196 e 225, *caput*) que demonstra iniludivelmente a consciência acerca da

9 Desenvolvido pela equipe do SMARTLAB de Trabalho Decente, decorrente da parceria entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e concebido consoante parâmetros científicos a partir de informações coletadas dos bancos de dados governamentais disponíveis de 2012 a 2018.

necessidade da real proteção da saúde dos trabalhadores, inclusive dos profissionais da saúde, com a efetiva redução dos riscos no meio ambiente do trabalho, com vistas ao reconhecimento do valor do trabalho humano.

Merecem destaque no plano internacional, as prescrições expressas na Convenção 155 da OIT de que “a adoção de medidas necessárias para a promoção da segurança no trabalho, com o objetivo de prevenir acidentes e danos para a saúde” (art. 3º e 4º), como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, impondo em seu art. 12, que seja viabilizada “a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente” e seu artigo 7º assegura aos trabalhadores “a segurança e a higiene no trabalho”.

No plano infraconstitucional, frisa-se o art. 157 da CLT, que trata das medidas voltadas à garantia da saúde e segurança do trabalho, que se concretizam em medidas protetivas administrativas, de engenharia, coletivas e individuais, as quais constituem piso normativo, aplicável aos trabalhadores públicos e privados, inscrito nas Normas Regulamentadoras editadas segundo os art. 155 e 200 da CLT, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (atualmente Secretaria de Inspeção do Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia),

É a Norma Regulamentadora nº 32 que versa especificamente sobre saúde e segurança do trabalho em serviços de saúde, incidindo tanto sobre os serviços privados, como públicos, nos afigurando ainda mais exigível à administração pública o cumprimento das normas de medicina e segurança editadas pelos entes públicos. Ademais, a prestação do serviço público de saúde no país propõe-se a realizar o ideário de servir a população com cobertura universal e perene. A partir das Normas Regulamentadoras, compreendemos que em matéria de gestão do meio ambiente do trabalho, nele incluindo o relativo aos trabalhadores da saúde, há uma ordem a ser observada, de modo

que as medidas de proteção individual devem ser antecedidas por medidas coletivas de proteção e de organização do trabalho.

Acrescente-se que também a Lei Orgânica do Serviço Único de Saúde (SUS), nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, garante a promoção e proteção da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, bem como a recuperação, reabilitação e assistência às vítimas de acidentes, doenças e agravos relacionados ao trabalho.

A partir da atenta observação dessas normas de conduta, é constatado que assumem várias formas, sendo editadas como decretos, resoluções, portarias, orientações, todas, no entanto, dotadas de poder vinculante, demonstrando que o que se sobressai é terem as normas emanado de autoridade de saúde ou sanitária e elaboradas sob base científica.

Cabe ao Estado (em suas esferas federal, estadual e municipal) e aos estabelecimentos de saúde prover suas unidades de equipamentos de proteção adequados e em número suficiente aos profissionais no ambiente de trabalho, além da adoção de outras medidas coletivas e de organização do trabalho para garantir a segurança e saúde dos trabalhadores, mitigando e/ou eliminando a disseminação da doença.

Digno de nota é que a obrigação de fiscalizar o meio ambiente de trabalho dos profissionais da saúde, tanto dos servidores públicos como dos contratados pelas organizações sociais sob os mais variados vínculos, foi uma conclusão natural imposta pela pandemia da COVID-19, de modo que, apenas diante de uma situação de gravidade incontornável, tornou-se visível aos olhos dos gestores públicos a respectiva responsabilidade sobre a saúde e segurança do trabalho desses trabalhadores essenciais.

Nesta senda, considerando o dever de fiscalização do ente público mesmo em relações de parceria ou cogestão, visto haver recursos públicos empregados e diante dos valores cons-

titucionais que devem estar no radar da preocupação do gestor público, é que se visualiza que seu papel abrange também o ambiente de trabalho em sua totalidade.

Tratando-se de normas que tutelam a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, a sujeição da Administração Pública a esses faz-se claramente presente e, por assim ser, não pode o ente público se eximir da responsabilidade de observância de tais preceitos, na medida que a base constitucional que as amparam estão relacionadas à proteção da vida do trabalhador e não a qualquer interferência quanto a natureza do vínculo existente entre o Poder Público e os trabalhadores que prestam serviço a uma empresa interposta ou organização social.

Do exposto, conclui-se que as normas de conduta destinadas à proteção da saúde e segurança do trabalho dos trabalhadores de saúde, elaboradas por autoridades de saúde e sanitárias, alicerçadas em conhecimento científico, são vinculativas ao órgão público, sendo de cumprimento obrigatório pelos gestores públicos e privados das unidades de saúde e, por consequência, sujeitos aos controles administrativo e jurisdicional pelos órgãos responsáveis.

6 A CONSTATAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA TRABALHISTA PELO PODER JUDICIÁRIO, PODER EXECUTIVO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

No âmbito do Judiciário Trabalhista, o problema da inadimplência dos prestadores em diversas atividades, e inclusive na saúde, tornou-se tão frequente e com prejuízos consideráveis ao erário, que ensejou a uniformização de jurisprudência através da Súmula 331 do E. TST. Em boa parte dos casos o resultado é desfavorável, verificando, que, neste tipo de caso, a falta de idoneidade financeira das organizações sociais é recorrente, consistindo no fator determinante da inadimplência dos créditos trabalhistas de trabalhadores da saúde.

Importante destacar que, no tocante à responsabilidade subsidiária da União pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresa prestadora de serviços em contratos de terceirização, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16 e do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, o STF afastou a responsabilização automática da administração pública e condicionou sua condenação à existência de prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos de terceirização.

No âmbito do Executivo, a inadimplência e a fraude também são constatadas em auditorias dos Tribunais de Contas.

Em 2012, o Tribunal de Contas da União, apresentou relatório de Auditoria Operacional que se debruçou sobre a terceirização de ações e serviços públicos de saúde, por meio da transferência do gerenciamento de unidades públicas a entidades privadas, realizada pela Secretaria de Controle Externo da Saúde em conjunto com as Secretarias de Controle Externo nos Estados da Bahia, Paraná e São Paulo (GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC 018.739/2012-1).¹⁰

Em relação à utilização fraudulenta de Organizações Sociais para contratação por interposta pessoa, por exemplo, o Acórdão 1.146/2003-TCU-Plenário, que julgou representação acerca de irregularidades na implementação do Programa Saúde da Família pelo Governo do Distrito Federal, demonstra ter havido esta prática, valendo-se da simulação de contrato de gestão com o Instituto Candango de Solidariedade. A falta de controle ou previsão de gastos também foi uma prática constatada neste relatório e que acaba se refletindo no pagamento dos créditos trabalhistas por conta do prestador.

10 O relatório foi realizado em órgãos de todo o país (Ministério da Saúde, Secretaria Estadual de Saúde da Bahia, Secretaria Municipal de Saúde de Salvador, Secretaria Municipal de Saúde de Araucária, Secretaria Municipal de Saúde de Curitiba, Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, Secretaria Estadual de Saúde da Paraíba.)

Não é sem motivo que a legislação traz exigência quanto ao tempo de existência destas entidades para habilitá-las, contudo o próprio TCU, nesta auditoria denuncia a existência de estratégia para contornar tal exigência.

No âmbito do Ministério Público do Trabalho, é consenso a relevância do problema da precarização decorrente de serviços públicos prestados por meio de Organizações Sociais.

Isto foi registrado na “CARTA de BRASÍLIA”¹¹ na 22a reunião da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública, diante da decisão proferida pelo STF na ADI 1923 em 16-5-2015.

De acordo com os membros do Ministério Público do Trabalho, ali reunidos, o combate à precarização decorrente da prestação de serviços públicos por meio de Organizações Sociais diz respeito a problema de tal gravidade que foi o primeiro, dos oito eixos de trabalho eleitos para orientar a atuação do órgão.

O “Manual da Terceirização sem Calote”¹² é fruto de projeto específico para a questão desenvolvido pelo Ministério Público do Trabalho através da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública.

Em 2018, o MPT foi propôs e coordenou a Ação nº 3 da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro), com vistas a elaborar o diagnóstico e propor medidas para o combate às fraudes nos contratos de gestão da saúde pública, com enfoque particular em face de Organização Sociais – OSs em Saúde

Trata-se a ENCCLA de rede de articulação criada em 2003, para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade

11 CARTA DE BRASÍLIA. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/0c81b445-c9ef-4ced-8588-93b03b2074fc>. Acesso em: 20 jul. 2022.

12 BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Manual de implementação do projeto terceirização sem calote** / Carolina Vieira Mercante ... [et al.]. – Brasília : Ministério Público do Trabalho, 2015 Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/686dec36-9611-4893-b5b9-5f701cf8a83/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+sem+Calote_WEB.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83. Acesso em: 20 jul. 2022.

de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate à corrupção.

Seguem os achados relativos à Ação nº 3 da ENCCLA:

- Constituição irregular ou alteração de natureza jurídica de entidades associativas para qualificação como OS;
- “Vendas” de CNPJs;
- Falta de estudos prévios para aferir economicidade de alteração da gestão direta ou por OS;
- Falta de análise criteriosa e detalhada (due diligence) para aferir a regularidade das OSs;
- Comprovação inadequada do requisito de experiência e capacidade técnica;

Não comprovação efetiva da constituição da OS por tempo mínimo consoante dos critérios de qualificação;

- Processos seletivos sem detalhamento suficiente;
- Processos seletivos com indícios de direcionamento;
- Critérios de seleção de unidades e áreas de gestão por OS imprecisos, incompletos e mal detalhados;
- Falta de transparência e impessoalidade nas demonstrações contábeis e práticas de contratação;
- Ausência de padronização suficiente de demonstração dos gastos;
- Planejamento insatisfatório e emergências criadas;
- Aprovações legislativas sem maturação ou consultas públicas aprovadas em regimes de urgência (prevalência particular no âmbito municipal);
- Sobrepreço e superfaturamento;

- Imprecisão e indícios de fraude em AIHs;
- Gastos e despesas fora do escopo do contrato de gestão;
- Má qualidade de serviços e superlotação das unidades sem efetiva ciência pela SMS;
- Ausência de capacitação dos servidores envolvidos nos processos de qualificação e fiscalização;
- Captura do gestor, particularmente na identificação de composição de responsáveis por fiscalização nos Conselhos de Administração ou órgãos executivos das OSs;
- Ausência de representação efetiva aos Tribunais de Contas;
- Incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal (limite de pessoal) em relação às OSs (identificada divergência doutrinária e jurisprudencial, nesse ponto);
- Débitos previdenciários consideráveis e não recuperados;
- Débitos trabalhistas consideráveis e não recuperados em momentos de quebra;
- Insatisfação dos trabalhadores e atrasos recorrentes em face de atrasos e retardos nos repasses e aferição de metas e medições;
- Inobservância de normas de saúde e segurança no trabalho. Parâmetros de segurança de operação em face dos usuários são existentes, mas em face dos profissionais de saúde são inexistentes;
- Imprecisão sobre a apropriação de saldos remanescentes quando do atingimento de metas (mais significativo em alguns estados);

Em 2021, acumulando a experiência anterior sobre essa temática somada à criação do Grupo de Trabalho Nacional da

Procuradoria Geral do Trabalho de enfrentamento à covid-19, a Coordenadoria de Promoção da Regularização do Trabalho na Administração Pública (CONAP) lançou projeto nacional específico voltado à proteção trabalhista dos trabalhadores da rede de saúde pública contratados por Organizações Sociais.

Diante deste quadro, conclui-se que os órgãos de controle do Estado estão empenhados em dar resposta condizente à necessidade de integral proteção trabalhista aos trabalhadores contratados pelas Organizações Sociais, responsáveis pela gestão das unidades de saúde da rede pública, o fato é que além do interesse do Estado e das Organizações Sociais, existe, também, o interesse dos trabalhadores que executam as atividades desempenhadas por estas organizações e que impactam diretamente na prestação pública de saúde.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do encadeamento lógico de ideias, o presente trabalho, longe de esgotar os desdobramentos em torno dos desafios da proteção trabalhista dos profissionais da saúde da rede pública contratados por organizações sociais, tem o propósito de apresentar as seguintes reflexões:

- O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 estrutura o conceito de dignidade humana (art.1º, III), que, por sua vez, informa a finalidade da ordem econômica (art.170), com destaque no seu preâmbulo no capítulo destinado ao meio ambiente (art.225).
- A saúde é reconhecida como direito fundamental tanto de natureza individual (art. 5º, caput), como de natureza social (art.6º, *caput*), passando pela previsão de responsabilidade de todos os entes federativos (art.23, II e art.24) - a ponto de intervenção nos Estados

e nos Municípios (arts.34 e 35), merecendo destaque na seguridade social (Capítulo II, art.194), e como direito de todos e dever do Estado (art.196).

- A Constituição da República (art. 1º, IV; 5º, XXIII; 7º, XXII; 100, VIII; 170, caput, III, VI; 196 e 225, *caput*) demonstra a consciência da necessidade de real proteção da saúde dos trabalhadores, inclusive dos profissionais da saúde, com a efetiva redução dos riscos no meio ambiente do trabalho, com vistas ao reconhecimento do valor do trabalho humano.
- A gestão da rede pública de saúde é reflexo da nova forma de conceber a organização do trabalho e o papel do Estado nas últimas décadas do século XX, fortemente caracterizada pela busca da redução de custos, impulsionando a releitura do papel do Estado para a concretização de um Estado Subsidiário, ensejando a terceirização lato sensu dos serviços públicos, especialmente a saúde.
- A legislação que regula a terceirização lato sensu nesta área contém diversas lacunas que comprometem a proteção trabalhista, pois o Estado, tal como o empregador na iniciativa privada, adotou o modelo de organização do trabalho típico da descentralização produtiva, tendo em vista exclusivamente a proteção do seu patrimônio, sem assumir a responsabilidade sobre a proteção dos trabalhadores da saúde pública contratados pelas Organizações Sociais, cujos interesses somente são contemplados quando tangenciam os interesses do próprio Estado.
- Dos problemas associados à precarização dos vínculos de trabalho dos trabalhadores da saúde pública, como os atrasos de salários, omissão no pagamento das rescisões trabalhistas e adoecimento em virtude do labor,

alguns aspectos são reforçados pelo modelo de gestão por Organizações Sociais dependentes do financiamento estatal: a instabilidade dos contratos de trabalho, a fraude na contratação por pessoa interposta, a inadimplência dos créditos trabalhistas decorrente da falta de idoneidade financeira dos prestadores e a má gestão da saúde e segurança do trabalho.

- Tratando-se de normas que tutelam a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, dada sua natureza vinculativa, a sujeição da Administração Pública não pode ser contornada por qualquer negócio jurídico (contratos, convênios, termos de colaboração, fomento, cooperação, etc) e deve estar sob o constante controle administrativo e jurisdicional, na medida que a base constitucional que as amparam estão relacionadas a proteção da vida do trabalhador e não a qualquer interferência quanto a natureza do vínculo existente entre o Poder Público e os trabalhadores que prestam serviço diretamente a uma empresa interposta ou organização social.
- Os órgãos de controle do Estado estão emprenhados em dar resposta condizente à necessidade de integral proteção trabalhista aos trabalhadores contratados pelas Organizações Sociais, responsáveis pela gestão das unidades de saúde da rede pública, o fato é que além do interesse do Estado e das Organizações Sociais, existe, também, o interesse dos trabalhadores que executam as atividades desempenhadas por estas organizações e que impactam diretamente na prestação pública de saúde.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, GIOVANNI. **Terceirização e capitalismo no Brasil: um par perfeito**. Revista do Superior Tribunal do Trabalho. Ano 80. no.03. Jul a set de 2014. São Paulo: Lex Magister, 2014.

ALVES, GIOVANNI. **Trabalho e subjetividade. O espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório**. São Paulo: Boitempo editorial, 2011.

BARBERINO, MARCUS. **As consequências econômicas da terceirização à brasileira**. Disponível em: <http://www.prt3.mpt.gov.br/informe-se/noticias-do-mpt-mg/268-as-consequencias-economicas-da-terceirizacao-a-brasileira>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Polis, 1989, p.155-159. Tradução Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos.

BORGES, A. **Expansão capitalista e habitação popular em Salvador 1982** (Dissertação de Mestrado).

BORGES, A. **O emprego no Brasil urbano nos anos 2000: recuperação e reconfiguração**. Em Pauta (Rio de Janeiro), v. 10, p. 17-34, 2012.

BORGES, A. **O trabalho nos Serviços Sociais: privatização, terceirização e descentralização**. In: XVI Congresso Brasileiro de Sociologia, 2013, Salvador - Bahia. A Sociologia como artesanato intelectual. Salvador: SBS, 2013.

BORGES, A; KRAYCHETE, E. **Terceirização das políticas sociais e reconfiguração das relações de trabalho nas organizações não governamentais brasileiras**. In: XXIX Congreso ALAS Chile, 2013, Santiago. Crisis e Emergencias Sociales en America Latina. Santiago: ALAS, 2013.

BORGES, A; KRAYCHETE, ELSA DE SOUSA. **Terceirização das políticas sociais e reconfiguração das relações de trabalho nas organizações não governamentais brasileiras. Resultados preliminares de pesquisa em curso sobre Trabalho e Trabalhadores nos Serviços Sociais**. (FAPESB/CNPQ). GT 18- Reestructuración productiva, trabajo y dominación social, p.6-7.

BORGES, A.; DRUCK, G. **Terceirização: balanço de uma década**. Cadernos do CRH (UFBA), Salvador, v.37, p.111-139, 2002.

BOURDIEU, P.; CHAMBOREDON, J.; PASSERON, J. **Ofício de Sociólogo. Metodologia da pesquisa na sociologia**. 5A. Ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 713211 MG**. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 15/04/2013. Publicação: DJe-073 em 19/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23099267/recurso-extraordinario-com-agravo-are-713211-mg-stf>. Acesso em: 21 maio. 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL, Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e educação na saúde. Departamento de gestão e da regulação do trabalho em saúde. **Gestão do Trabalho e da Regulação Profissional em Saúde Agenda Positiva**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004 Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/gestao_trabalho_regulacao_profissional_saude_agenda_positiva.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL, Ministério Público do Trabalho de São Paulo. **MPT confirma demissões da Santa Casa para dia 13 e detalha proposta de rescisão**. Disponível em: <http://www.prt2.mpt.gov.br/292-mpt-confirma-demissoes-da-santa-casa-para-dia-13-e-detalha-proposta-de-rescisao>. Acesso em 03 out. 2015.

BRASIL, Ministério Público do Trabalho. **Manual de implementação do projeto terceirização sem calote** Carolina Vieira Mercante ... [et al.]. – Brasília :Ministério Público do Trabalho, 2015. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/686dec36-9611-4893-b5b9-5f701cf8a83/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o+sem+Calote_WEB.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=686dec36-9611-4893-b5b9-85f701cf8a83. Acesso em: 15 out. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão e da Regulação do Trabalho em Saúde. Programa Nacional de Desprecarização do Trabalho no SUS: **Desprecariza SUS: perguntas & respostas**: Comitê Nacional Interinstitucional de Desprecarização do Trabalho no SUS / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão e da Regulação do Trabalho em Saúde. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/desprec_cart.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Saúde na saúde: manual de atuação da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública** / Marcela de Almeida Maia Asfóra, Ruy Fernando Gomes Leme Cavalheiro. – Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2014. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/236278e6-20b5-4fc9-a073-1d05578b8c90/Sa%C3%Bade+na+Sa%C3%Bade+WEB.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=236278e6-20b5-4fc9-a073-1d05578b8c90. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Carta de Brasília**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/0c81b445-c9ef-4ced-8588-93b03b2074fc>. Acesso em 13 jul. 2015.

CANE, PETER; KRITZER, HERBERT. **Oxford handbook of empirical legal research**, 2012. Disponível em: www.researchgate.net/...Empirical_Legal_Research. Acesso em: 09 maio. 2014.

CARVALHO, AUGUSTO CÉSAR LEITE DE. **Direito Individual do Trabalho**. 2a. ed. São Paulo: Forense, 20076

CARVALHO, AUGUSTO CÉSAR LEITE DE. **Terceirização no âmbito da empresa privada**. Revista do Superior Tribunal do Trabalho. Ano 80. no.03. Jul a set de 2014.São Paulo: Lex Magister, 2014.

CARVALHO, MARIA AMÉLIA LIRA DE. **Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia**. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Salvador: Salvador, 2010.

CASTEL, ROBERT. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes, 1999

COMTE, AUGUSTO. **Discurso Sobre o Espírito Positivo**. In Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. Tradução Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala, 2006.

CORREIA, MARIA VALÉRIA COSTA. **A influência do Banco Mundial na orientação da política de saúde brasileira. Trabalho apresentado na III Jornada internacional de políticas públicas**. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/768279009323136cf7b0Maria_valeria.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

CORREIA, MARIA VALÉRIA COSTA. **A influência do Banco Mundial na orientação da política de saúde brasileira**. Trabalho apresentado na III JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: www.joinpp.ufma.br/.../768279009323136cf7b0Maria_valeria.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

COSTA, JUDITH MARTINS. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos**. Revista Direito GV. v.1 n.1. p.041-066. Maio/2005. São Paulo: FGV, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35261/34057>. Acesso em: em: 20 jul. 2022.

DELGADO, GABRIELA NEVES; AMORIM, HELDER SANTOS. **Os limites constitucionais da terceirização**. 1ª.ed. São Paulo: Ltr, 2014.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA (org). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. **Parcerias na Administração Pública**. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DRUCK, M. G. **Flexibilização e Precarização do Trabalho: Novas formas de dominação social e política**. In: Flexibilização e Precarização do Trabalho: Novas formas de dominação social e política, 2005, Porto Alegre. GRUPO DE TRABALHO 19: Reestructuración productiva, trabajo y dominación social, 2005.

DRUCK, M. G. **Terceirização: Desfordizando A Fábrica - um estudo do Complexo Petroquímico**. 02. ed. Salvador/São Paulo: Edufba/Boitempo, 1ª ed. (1999), 1ª reimpressão (2001), 1999. 280p.

DRUCK, M. G. **Globalização e Reestruturação Produtiva: O Fordismo E/Ou Japonismo**. Revista de Economia Política, São Paulo, v. 19, p. 31-48, 1999 Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/74-3.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

FERREIRA, CÂNDIDO GUERRA. **O fordismo, suas crises e o caso brasileiro**. Cadernos do CESIT (Texto para discussão n.13). Campinas, 1993. Disponível em: www.eco.unicamp.br/cesit. Acesso em: 08 dez. 2014.

FILGUEIRAS, LUIZ. **O neoliberalismo no Brasil: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico**. En publicación: Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales. Basualdo, Eduardo M.; Arceo, Enrique. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Agosto 2006. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/basua/C05Filgueiras.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Organizações da Sociedade Civil e suas Parcerias com o Governo Federal**. Resumo executivo. Dezembro. 2014. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/estudos-e-pesquisas/sumario-executivo-fgv.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2015.

G1 RIO. **Terceirizados do Hospital Carlos Chagas, no Rio, fazem paralisação**. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/04/terceirizados-do-hospital-carlos-chagas-no-rio-fazem-paralisacao.html>. Acesso em: 10 maio. 2015.

GIRARDI, S.; CARVALHO, C.L.; WAN DER MAAS, L.; FARAH, J.; FREIRE, J.A. **O Trabalho Precário em Saúde: Tendências e Perspectivas na Estratégia da Saúde da Família**. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/observarh/arquivos/0211-Revista%20Divulgacao%20Gestao%20No%201.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

GRUPO DE TRABALHO MARCO REGULATÓRIO DAS Organizações da Sociedade Civil. **Relatório Final do GT**. Secretaria Geral da Presidência da República (coord). Brasil: agosto, 2012. Disponível em: http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/historico-1/relatorio_gti_agosto2012.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

HARVEY, DAVID. **A condição pós-moderna**. 14a. Edição. Loyola: São Paulo, 2005

HAMMOUYA, M. 1999: **Statistiques de l'emploi dans le secteur public: méthodologie, structures et tendances**. Bureau de statistique et Département des activités sectorielles, document de travail SAP2.84/WP.143, BIT, Genève. Disponível em: http://www.ilo.org/public/french/bureau/stat/download/wp_pse_f.pdf. Acesso em: 29 nov.

2016. HESSE, KONRAD. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editores, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). GIFE. ABONG. SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **As Fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil (2010)**. Brasil, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=262841>. Acesso em 20 set. 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Transferências federais a entidades privadas sem fins lucrativos (1999-2010)**. Brasília/Rio de Janeiro: IPEA, 2012

IVO, Anete B. L. **A reconversão do social: dilemas da redistribuição no tratamento focalizado**. São Paulo em Perspectiva (Impresso), São Paulo, v. 18, n.2, p. 57-67, 2004.

IVO, Anete B. L. **A invenção do social e a 'normatividade das ciências sociais: dilemas clássicos e tendências contemporâneas**. Sociologia & Antropologia, v. 02, p. 69-101, 2012.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

MEDEIROS, KATIA REJANE; ALBUQUERQUE, PAULETTE CAVALCANTI DE. **A Precarização dos Vínculos Trabalhistas no Setor Saúde Brasileiro: um balanço do período de 2004 a 2012**. In Trabalho em Saúde, Desigualdades e Políticas Públicas Maria Inês Carsalade Martins, Ana Paula Marques, Nilson do Rosário Costa e Alice Matos (Orgs.), Portugal – Brasil: Centro de Investigação em Ciências Sociais (CICS-UM) Universidade do Minho Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca; Fundação Oswaldo da Cruz-Fiocruz, 2014

KELSEN, HANS. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPEZ, Felix; BARONE, Leonardo. **As Entidades Sem Fins Lucrativos e as Políticas Públicas Federais: tipologia e análise de convênios e organizações (2003-2011)**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – ipea 2013 Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 1990. Disponível em: http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/estudos-e-pesquisas/ipea_as-esfil-e-as-politicas-publicas. Acesso em: 20 jul. 2022.

MACHADO, MARIA HELENA; OLIVEIRA, ELIANE DOS SANTOS DE; MOYSES NEUZA MARIA NOGUEIRA. **Tendências do Mercado de Trabalho em saúde no Brasil**. In: Celia Pierantoni, Mario Roberto Dal Poz, Tania França. (Org.). **O Trabalho em Saúde: abordagens quantitativas e qualitativas**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: CEPESC, UERJ, 2011, v. 001, p. 103-116.

MACHADO NETO, ANTONIO LUÍS. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MACHADO NETO, ANTONIO LUÍS. **O problema da ciência do Direito**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1958.

MARTINEZ, LUCIANO. **Curso de Direito do Trabalho – Relações Individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010

MELLO, ANA CLAUDIA CHAVES **A precariedade institucionalizada dos vínculos do trabalhador na saúde: um estudo exploratório**. Dissertação (Mestrado Profissional em Educação Profissional em Saúde, Orientador: Ramón Peña Castro) – Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2012

NAVARRETE, CRISTOBAL MOLINA. **La responsabilidad de naturaleza solidaria como mecanismo de tutela en los supuestos de descentralización productiva: su fundamento y estructura**. Disponível em: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/responsabilidad-viejas-nuevas-reglas-335809482>. Acesso em: 12 abr. 2014.

OFFE, CLAUDS. **Capitalismo desorganizado**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

POCHMANN, Marcio. **O trabalho no Brasil pós-neoliberal**. Brasília: Liber Livros, 2011.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação. As origens da nossa época**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, 10ª. Impressão.

REALE, MIGUEL. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, MIGUEL. **O direito como experiência. Introdução à epistemologia jurídica**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RIZZOTO, M. L. F. **O Banco Mundial e as políticas de saúde no Brasil nos anos 90: um projeto de desmonte do SUS**. 2000. 265 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.

RODRIGUES, AMÉRICO PLÁ. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 1993, São Paulo. Ltr: 2a ed. 1993.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1988.

SANTOS, MILTON. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 22a. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SÜSSEKIND, ARNALDO; MARANHÃO, DÉLIO; VIANNA, SEGADAS. **Instituições de direito do trabalho**. 11a.ed. vols I e II. São Paulo: Ltr, 1991.

TOURINHO, RITA R. **A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de Justiça**. In: FORTINI CRISTIANA (Coord). **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte. Forum, 2012.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soarez Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SALVADOR. **Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica de Salvador**. Dezembro, 2014.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP**: documento eletrônico e impresso. 2.ed. São Paulo, 2009.

VATIN, FRANÇOIS. **Epistemologia e sociologia do trabalho**. Tradução Reis, Maria João Batalha. Lisboa, Instituto Piaget, 2002.

VEIGA, LUCYENNE AMÉLIA DE QUADROS. **Precarização das relações de emprego – o caso das cooperativas de trabalho: posicionamento da Justiça do Trabalho da 5ª Região, jurisdição Salvador-Ba**. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Salvador: Salvador, 2009.

Dispensas coletivas em tempos de pandemia e os deveres de informar e negociar previamente: o caso da latam

Andréa Presas Rocha ¹
Flávvyá Wanessa Abreu Marques ²

¹ Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFBA. Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Juíza do Trabalho do TRT5. E-mail: andreapresas@gmail.com

² Pós-graduada em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA, em Direito e Processo do Trabalho pela Juspodivm e em Educação Infantil com Mídias interativas pela Universidade Estadual da Bahia. Aluna do Mestrado da UFBA. Assessora Jurídica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. E-mail: flavvyaabreu@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O trabalho, muito antes de ser reduzido ao propósito de produção de riquezas materiais que impulsionam o sistema capitalista e ao objetivo de angariar recursos para a mera subsistência do trabalhador, é, e tal ressaí em significância, propulsor de realizações pessoais, de construção de subjetividade do indivíduo que labora, de formação de laços de solidariedade, de solidificação da ideia de pertencimento, dentre outros aspectos.

Por sua importância na vida do indivíduo, o fim do trabalho, se não desejado pelo trabalhador, causa transtornos de toda ordem, podendo comprometer significativamente a manutenção de compromissos financeiros e o cumprimento de projetos pessoais, quando não, e o que é pior, submete o trabalhador a uma desgastante e degradante condição de privação de recursos básicos e necessários para a sua subsistência ou a de sua família, já que não se desconhece, neste viés, o caráter alimentar dos salários.

Tais considerações se fazem necessárias para corroborar a ideia de que o desligamento do trabalho, seja individual, seja coletivo, deve se pautar em princípios básicos que norteiam a relação laboral, já que fincada está na confiança e na boa fé, que devem reger qualquer relação.

O respeito à dignidade do trabalhador deve perdurar durante todo o vínculo, sendo oportuno e salutar que o empregador mantenha incólume tal dever no momento de maior fragilização dos empregados, mormente em se tratando de uma dispensa coletiva sem justa causa. Tal proceder perpassa pela obrigatória participação do interveniente coletivo sindical, atuando nas negociações prévias à extinção do vínculo, no

sentido de minorar os efeitos nefastos que todo rompimento traz embutido.

A análise de tal necessidade de interveniência sindical na negociação coletiva, ganha maior destaque quando se verifica o crescimento neste momento de pandemia do COVID-19 das dispensas coletivas, respaldadas na simples dicção aparentemente autorizativa do art. 477-A da CLT, sem qualquer cotejo com as normas constitucionais e internacionais sobre a matéria, numa nítida afronta aos princípios basilares que respaldam as relações entre as partes no âmbito do direito coletivo, que serão melhor analisados ao longo da presente reflexão.

O artigo traça um paralelo entre a jurisprudência firmada pelo TST antes da reforma trabalhista, que, suprindo o vazio legislativo existente, deduziu os requisitos exigidos para a validação de uma dispensa coletiva, sendo feita alusão ao caso paradigmático envolvendo a Embraer; a previsão celetista prevista no art. 477-A da CLT com redação dada pela Lei n. 13.467/2017; e, por fim, os casos de dispensa coletiva recentes ocorridos no contexto pós-pandemia COVID-19. Serão sempre analisados tais momentos em cotejo com a legislação e os princípios que transitam em derredor das controvérsias sobre o tema.

Neste trabalho, será abordado, no primeiro momento, o disciplinamento doutrinário das dispensas coletivas, conceituando-as e distinguindo-as das demais formas de dispensa, bem assim a sua evolução histórica, inclusive o famoso caso Embraer; na segunda parte, será tratada da mudança legislativa ocorrida com a reforma trabalhista, que inseriu o art. 477-A na CLT; na sequência, se tratará da articulação entre o aumento das dispensas coletivas com a pandemia do COVID-19, analisando-as sob a perspectiva da força maior; em seguida será analisada a compatibilidade das dispensas coletivas com os direitos à informação aos trabalhadores e de negociação com o sindicato profissional; e, por fim, o caso da LATAM a partir de seus pontos controvertidos.

1) DISPENSA COLETIVA: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de adentrarmos nas controvérsias que serão objeto de análise na presente reflexão, faz-se oportuno traçar uma conceituação a respeito da dispensa coletiva. E, para tanto, importante a distinção desta em relação às demais formas de dispensa, quais sejam, a plúrima e a coletiva, minudenciando as peculiaridades de cada uma.

Neste passo, a dispensa individual atinge um único trabalhador identificado pelo empregador, prevalecendo na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que não existe óbice à dispensa do trabalhador individualmente considerado, ainda que sem motivação, pois o ato do empregador estaria amparado em suposto direito potestativo. Trata-se do que a doutrina denominou de denúncia vazia, já que a exposição dos motivos que ensejou a ruptura passa ao largo desta, sendo despicienda.

De logo se deixa assentada a ideia de que não coadunamos com tal entendimento, tendo em vista que o Constituinte de 1988 fora expresso ao assegurar, no art. 7º, I, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Ainda que se entenda que a lei complementar a que alude o referido dispositivo nunca veio a ser regulamentada, vazio este que se estende até os dias atuais, as relações laborais são marcadas genuinamente por um grau de fidúcia entre as partes, ao tempo em que, por ser tratarem de relações contratuais, também devem ser norteadas pelos princípios da boa fé e lealdade, regras de condutas pilares do nosso ordenamento jurídico.

Não é demais lembrar que os direitos sociais, no qual se insere o direito ao trabalho e, especificamente, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal, são direitos fundamentais, possuindo aplicabilidade imediata e direta, nos termos do art. 5º, I da Carta Magna.

Elucidativo, neste particular, é o pensamento de Dirley da Cunha Júnior, ao tratar da amplitude do princípio das normas definidoras de direitos fundamentais, quando registra:

[...] abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário). Isto se dá não porque o art. 5º, §1º refere-se textualmente a direitos fundamentais - fazendo uso da fórmula genérica “*direitos e garantias fundamentais*” - sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição.³

Neste mesmo sentido aponta Ricardo Maurício, o qual defende não ser possível sustentar a interpretação constitucional de que os direitos sociais estejam excluídos da categoria dos direitos fundamentais por não terem eficácia plena e imediata aplicáveis, defendendo, de forma veemente, que somente atribuindo-se efetividade a estes é que a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais, inclusive individuais, se concretizam plenamente⁴.

Retomando a conceituação proposta, importa consignar que as dispensas plúrimas se aproximam das dispensas coletivas pela característica uníssona de se tratarem de desligamentos realizados pelo empregador, bem assim de um rompimento contratual plural. Entretanto, distinguem-se pelo fato de nas primeiras poder ou não existir uma única motivação, além de os postos de trabalho serem recuperados, não se extinguindo; ao

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, pp. 583-584; grifos no original.

4 SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. Edição Kindle. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, posições 2911-2914.

passo que, na segunda espécie, as coletivas, existe necessariamente um motivo único, sendo este imperativo, decorrente de fatores econômico-financeiros ou técnicos (estruturais ou tecnológicos), além de os postos de trabalho serem recuperados, havendo redução definitiva no quadro de pessoal.

Por sua atualidade, as lições de Orlando Gomes, datadas da década de 1970, sobre a diferenciação entre dispensas plúrima e coletiva, são dignas de nota. E, neste particular, conceituou, magistralmente, a dispensa coletiva como sendo “a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados”, elencando os dois traços peculiares que a diferencia da dispensa plúrima, a seguir: o primeiro, a peculiaridade da causa, sendo única e exclusiva a causa determinante, ou seja, comum a todos, a exemplo da despedida de um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não-pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço; e o segundo, a redução definitiva do cargo⁵.

Caracterizados os requisitos da dispensa coletiva e feita a distinção quanto às demais espécies de dispensas, faz-se apropriado retomarmos o quanto já dito alhures, em ligeiras linhas, a respeito do vazio legislativo que paira há mais de trinta anos no tocante à necessidade de motivação dos desligamentos laborais, seja individual, seja plúrimo, seja coletivo. Isso devido a não regulamentação da lei complementar a que alude o art. 7º, I da Carta Maior, que dirimiria, por certo, qualquer dúvida em derredor do direito do trabalhador à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Até hoje, nada foi feito pelo Estado-Legislador a esse respeito, inexistindo no Brasil, diversamente de outros países, uma regulamentação própria

5 GOMES, Orlando Gomes. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. Revista LTr: São Paulo, v. 38, n. 7, p. 575-579, jul. 1974.

e específica sobre qualquer dispensa, quiçá sobre a dispensa coletiva, a cujo olhar se volta neste momento. A título de ilustração, tem-se a Diretiva 98/59/CE, de 20 de julho de 1998, da União Europeia; o art. 359º do Código do Trabalho de Portugal; a Ley n. 24.013/91 da Argentina; o Estatuto de los Trabajadores de 1995 da Espanha; a Lei do Trabalho de 1995 da França; a Lei n. 223/91 da Itália; e a Ley Federal del Trabajo de 1970, com as alterações de 2006, do México, consoante aponta Gustavo Carvalho.⁶

Diante do vácuo legislativo, o TST, considerando a relevante repercussão econômica e social das dispensas em massa, terminou por estabelecer, no ano de 2009, importante premissa durante o julgamento do famoso “caso EMBRAER”, em que esta empresa dispensou 4.200 trabalhadores em São José dos Campos, que correspondiam a cerca de 20% do seu quadro local, sem justa causa ou sob o fundamento de dificuldades financeiras decorrentes da crise econômica global.

O Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros entes sindicais ajuizaram dissídio coletivo de natureza jurídica, requerendo a concessão de medida liminar, para que fosse determinada a suspensão cautelar das rescisões contratuais, e, ao fim do processo, a declaração de nulidade das dispensas coletivas efetivadas sem observância da necessária negociação prévia com os sindicatos.

Tal premissa, fixada pela Corte Maior Trabalhista, fora no sentido de condicionar a validade dos despedimentos coletivos à prévia negociação com a entidade sindical dos trabalhadores, diante das graves consequências sociais e econômicas deles decorrentes, consoante se pode extrair da ementa desse representativo julgamento do processo n. 30900-12.2009.5.15.0000 pelo TST, a seguir:

⁶ CHEHAB, Gustavo Carvalho. A dispensa coletiva e a ordem social. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p281.pdf. Acesso em 10 nov. 2020.

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRA-CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988.⁷

Em apertada síntese, a Corte Trabalhista entendeu que as dispensas em massa, por se tratarem de fato coletivo, guardam conexão com o Direito Coletivo do Trabalho, e não com o Direito Individual do Trabalho, exigindo, assim, a participação do respectivo sindicato profissional, conforme promana da ordem jurídica em sua integralidade.

Em termos constitucionais, ressaltou o TST os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do valor social do trabalho e da busca do pleno emprego (artigos 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), da função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III, CF) e da intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF). Enfatizou ainda, em termos internacionais, as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil de n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151.

Registrou a Corte Maior Trabalhista, repita-se, que não se permitia nas dispensas coletivas, assim como se admite nas dispensas individuais, o manejo meramente unilateral e potestativo. Questiona-se, afinal, se tal entendimento permanece incólume frente às alterações promovidas pela Lei n. 13.467 de 2017, questionamento que será melhor analisado adiante.

2) REFORMA TRABALHISTA: O QUE MUDOU

A reforma trabalhista - Lei n. 13.467 de 2017 - representou um giro copérnico em relação a várias matérias que, por muitos

⁷ A íntegra da Ementa e o Acórdão respectivo podem ser encontrados na consulta pública realizada no site do TST. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=30900&digitoTst=12&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0000&submit=Consultar>. Acesso em: 10 nov. 2020.

anos, estavam sedimentadas na doutrina e na jurisprudência. A título ilustrativo, citemos as horas *in itinere*, o intervalo do art. 384 da CLT concedido às mulheres antes da sobrejornada e a estabilização financeira daqueles que ocupavam por mais de dez anos função de confiança, as quais foram extirpadas do rol de direitos dos trabalhadores.

Foi nesse contexto de impactantes mudanças trazidas pela reforma trabalhista que foi inserido pela reforma trabalhista o art. 477-A da CLT, dispondo, de forma expressa e na contramão da valorização do negociado sobre o legislado prestigiada por tal reforma, que as dispensas imotivadas coletivas se equiparam às individuais para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

A partir de vigência de tal norma, foi posta em dúvida a premissa já sedimentada pela jurisprudência do TST, firmada no emblemático caso Embraer a que se aludiu alhures, qual seja, de necessidade por parte do empregador de negociar previamente as consequências da dispensa coletiva com as entidades sindicais, exurgindo o questionamento e a dúvida acerca de sua permanência no cenário atual.

Entendemos que a inteligência do art. 477-A da CLT desonerar o empregador de pedir prévia autorização da entidade sindical ou mesmo de celebrar convênio coletivo, quando realiza despedida coletiva. Contudo, tal não se confunde com a compreensão de eximir o empregador da necessidade de previamente negociar com o sindicato profissional as condições em que se dará a despedida.

Justifica-se tal entendimento com os preceitos basilares da Constituição Federal já citados supra aliado o arcabouço normativo infraconstitucional que rege as relações contratuais, que legitimam o seu dever jurídico de negociar previamente com o sindicato profissional. Acresça-se que a dispensa em massa

se insere no campo do Direito Coletivo do Trabalho, que tem na negociação coletiva um de seus fundamentos essenciais, daí resultando o dever do empregador de negociar com o sindicato as consequências da sua conduta, como corolário da aplicação dos princípios do devido processo legal e da interveniência sindical na normatização coletiva.

Não fosse isso, convém ressaltar as normas de direito internacional, ressaíndo em significância o artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assegura, em breves linhas, o direito reconhecido a todo ser humano ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Tal proteção contra o desemprego leva em conta, sem qualquer sombra de dúvida, os efeitos nefastos de uma dispensa na vida de um trabalhador, potencializados no caso de dispensa coletiva, como já se registrou, pelas suas repercussões sociais.

Destarte, refuta-se, de início, qualquer entendimento que identifique a necessidade do empregador de obter autorização prévia da entidade sindical ou mesmo de celebrar convênios coletivos com o dever jurídico de negociar previamente com o sindicato profissional, no intuito de igualá-los. Defende-se a dessemelhança de tais ações, o que se justifica pelo fato de a dispensa em massa compor o campo do Direito Coletivo do Trabalho, que tem na negociação coletiva um de seus fundamentos essenciais, daí resultando o dever do empregador de negociar com o sindicato as consequências da sua conduta, como corolário da aplicação dos princípios da boa fé e da interveniência sindical na normatização coletiva.

3) A FORÇA MAIOR IMPOSTA PELO COVID-19

A pandemia provocada pelo COVID-19 chegou sem avisar e ainda não tem data certa para findar. E o direito do trabalho,

por seu caráter elástico e cambiante, que sempre acompanhou as transformações sociais, políticas e econômicas, sofre os influxos desse período pandêmico, sendo premente a análise acurada de seus contornos.

Malgrado invisível, trata-se de um vírus cujos efeitos se revelam perceptíveis, e ainda devastadores, na economia, refletindo, por certo, em todas as relações sociais. Encerramento brusco e repentino de algumas empresas e fechamento temporário de outras, necessidade de reinvenção e adaptação da atividade produtiva (ênfase nos serviços de *delivery*, remanejamento do labor para o *home office*, por exemplo), cancelamento de voos, fechamento de aeroportos, dentre outros, foram apenas alguns dos impactos ocorridos. Houve a urgente necessidade de assegurar o isolamento determinado pela Organização Mundial de Saúde e, com isso, são incalculáveis os prejuízos para a economia.

Neste cenário inusitado, nunca antes vivido, não foram incomuns noticiários informando acerca de dispensas coletivas de inúmeros trabalhadores, sendo justificadas pelas empresas ao argumento de efetiva impossibilidade de manutenção dos contratos de trabalho, haja vista os efeitos perversos provocados pela referida crise econômica decorrente do COVID-19, sustentando-se, em muitas situações, a caracterização do instituto da força maior.

Destarte, o cenário pandêmico, pela sua característica de evento inevitável, para o qual não concorreu o empregador, tem sido o argumento utilizado para as justificadas dispensas, em sua grande maioria.

Nunca fora tão discutido no contexto trabalhista a dispensa de trabalhadores com esteio na força maior, nos moldes do que prevê o até então esquecido art. 501, *caput* da CLT, que prevê “Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”. Trata-se

de previsão que deve ser lida em cotejo com o seu §2º, que preceitua que o enquadramento no referido capítulo referente à força maior somente se aplicará quando a ocorrência deste motivo afetar substancialmente, ou for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa.

Nos dizeres de Vólia Bomfim, ocorrerá a extinção contratual por força maior quando esta ensejar a impossibilidade de sua execução, tendo em vista o encerramento pela empresa de suas atividades, total ou parcialmente.⁸

Descrevendo tal modalidade de extinção contratual, Luciano Martinez registra que o empregador estará inserido numa situação de força maior quando ocorre um fato irresistível e inevitável que afete substancialmente a situação econômica e financeira da empresa.⁹

Destarte, de logo se percebe que a configuração da força maior somente exsurge quando comprovado, além dos requisitos de se tratar de um acontecimento inevitável e para o qual o empregador não concorreu direta ou indiretamente, que houve afetação substancial da situação econômica e financeira da empresa, não se tratando, pois, de uma diminuição de lucros ou de uma mera afetação da situação econômica da empresa. É crucial que tal afetação seja substancial, comprometendo, significativamente, a higidez da empresa, e não apenas os seus lucros. Isso porque é regra basilar do direito laboral que o empregador deve suportar os riscos do empreendimento, já que a repartição de lucros não se dá de forma equânime com os empregados, o que se consubstancia como princípio da alteridade, incompatível com a transferência dos riscos do negócio para a parte hipossuficiente.

8 BOMFIM, Vólia. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 994.

9 MARTINEZ, Luciano Martinez. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 777.

A transferência dos riscos do negócio e da insegurança para os trabalhadores fora descrita por Ricardo Antunes, quando pontuou, ao referir-se ao elemento central do modelo “neoliberal”, que um dos temas discutidos se voltava para a necessidade de aumento pelos países da flexibilidade do mercado de trabalho, o que passou a significar uma agenda para a transferência de riscos e insegurança para os trabalhadores e suas famílias, resultando na criação de um “preariado global”, composto por muitos milhões de pessoas ao redor do mundo sem uma âncora de estabilidade.¹⁰

Essa transferência dos riscos e dos efeitos nefastos para o trabalhador, gerados pela crise do COVID-19, importará em milhões de pessoas desprotegidas e desamparadas, tal como se noticia, a título ilustrativo, em 23/09/2020, pelo site da Agência Brasil: “Desemprego subiu 27,6% em quatro meses de pandemia”, utilizando-se de dados da pesquisa PNAD COVID-19 do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), esclarecendo que a população do Brasil de desocupados, que, em maio, era de 10,1 milhões, passou para 12,3 milhões em julho, atingindo, em agosto, 12,9 milhões de pessoas, representando um aumento de 27,6% desde maio. “A taxa de desocupação aumentou em 0,5 ponto percentual de julho para agosto, passando de 13,1% para 13,6%”.¹¹

Destarte, analisando-se todas essas particularidades, a fim de configuração da força maior, ressaí em significância a observação das medidas adotadas pelo empregador para contenção dessa crise pandêmica, no intuito de se verificar se todos os esforços foram envidados para conter os seus efeitos nefastos antes da validação desta medida extrema e excepcional da dispensa coletiva com esteio na força maior.

10 STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2020.

11 CAMPOS, Ana Cristina. Desemprego subiu 27,6% em quatro meses de pandemia. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 20 de set. de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/desemprego-subiu-276-em-quatro-meses-de-pandemia>. Acesso em: 14 nov. 2020.

Não se pode olvidar que, em que pese a MP n. 927 de 2020 não tenha sido convertida em lei, ensejou grandes discussões e debates, já que dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. No mesmo sentido caminhou a MP n. 936 de 2020, convertida na Lei n. 14.020 de 2020. Tamanha a preocupação de se conter os deletérios efeitos suportados pelos empregadores que esta última permitiu a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, instituindo o Benefício Emergencial, cujo intuito era a Preservação do Emprego e da Renda.

A extinção dos contratos de forma massiva, tal como se verifica nas dispensas coletivas, cientes dos seus efeitos deletérios não apenas para os trabalhadores envolvidos, mas reflexivamente para toda a família e ainda para a sociedade como um todo, perpassa pela análise pelo Estado Juiz do esgotamento de todos os esforços e medidas envidados pela empresa no sentido de preservação dos empregos, inclusive aquelas disponibilizadas pelo governo federal.

Tal pensamento está alinhado, inclusive, com a Resolução n. 1/2020, de 10 de abril de 2020¹², nominada “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, atenta ao fato de ser as Américas a região mais desigual do planeta, caracterizada por profundas disparidades sociais, por pobreza extrema, pela falta ou precariedade no acesso à água potável e saneamento, insegurança alimentar, situações de contaminação ambiental e falta de moradia ou de hábitat adequado, altas taxas de informalidade do trabalho e renda precária, que afetam grande número de pessoas na região, deixou assentado o preocupante

12 CIDH. Resolução n. 1/2020, de 10 de abril de 2020. Pandemia e direitos humanos nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

impacto socioeconômico da COVID-19, tal como consta já desde a introdução.

E, neste particular, quanto aos direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito ao trabalho, consta no item 5, a garantia dos direitos humanos dos trabalhadores, destacando-se a importância de preservação da renda econômica e dos meios de subsistência de todos os trabalhadores, “de maneira que tenham igualdade de condições para cumprir as medidas de contenção e proteção durante a pandemia, bem como condições de acesso à alimentação e outros direitos essenciais”. Há uma nítida preocupação no item 15 com a integração de medidas de mitigação e atenção focadas especificamente na proteção e garantia de tais direitos sociais, considerados os graves impactos diretos e indiretos que os contextos de pandemia podem gerar, de modo que “As medidas econômicas, políticas ou de qualquer índole que sejam adotadas não devem acentuar as desigualdades existentes na sociedade”.

Trazendo essas recomendações propostas supra para o tema objeto de reflexão, é importante, ratificando a vertente de pensamento que já deduzimos em linhas anteriores, não descurar, em que pese não se desconheça as sérias dificuldades atravessadas pela parte patronal, da necessidade de se firmar linhas distintivas que separam a situação de algumas empresas que estão suportando prejuízos financeiros e a conseqüente diminuição de lucros da posição daquelas outras empresas que, efetiva e comprovadamente, tiveram, de forma substancial, afetada sua situação econômica e financeira, o que lhe impossibilitou a execução de suas atividades, total ou parcialmente, restando-lhes como um única alternativa possível a dispensa dos trabalhadores.

Não se quer, com isso, defender o esvaziamento do poder potestativo do empregador, já que, discussão à parte sobre a legitimidade da defesa da denúncia vazia já citada, ainda que

não amoldada a situação de dispensa à hipótese de força maior, continua incólume o seu direito de extinguir os contratos sem justa causa. No caso das dispensas coletivas, entretanto, defende-se neste trabalho, por sua significativa e extensa repercussão social, que há a exigência de atendimento de determinados requisitos, que serão minudentemente analisados adiante.

4) COMPATIBILIZAÇÃO DAS DISPENSAS COLETIVAS EM TEMPOS DE PANDEMIA COM OS DEVERES DE NEGOCIAÇÃO PRÉVIA E DE INFORMAÇÃO

As dispensas coletivas, pela grande repercussão que produzem, geram conflito que abarca uma coletividade de trabalhadores, sendo a negociação coletiva, ciente de que as partes envolvidas neste conflito conhecem bem as dificuldades e as possibilidades econômicas e sociais de enfrentamento, o melhor instrumento para a sua solução. Dela podem resultar propostas e até soluções viáveis para conter os efeitos nefastos de uma despedida desta dimensão; bem assim pode resultar, malgrado não necessariamente, a elaboração de acordo ou convenção coletiva.

Essa necessidade de negociação, além de ser afeta ao Direito Coletivo do Trabalho, tem previsão em diversos instrumentos normativos internacionais (Convenções 98, 151 e 154 do TST), todos ratificados pelo Brasil.

Convém registrar também que, à luz do princípio da interveniência sindical na normatização coletiva, com previsão expressa no art. 8º, VI, da CF, é impositiva a participação dos sindicatos na negociação coletiva, qualquer que seja a causa que a motivou, inclusive no possível reconhecimento da hipótese de força maior, ainda que dela não resulte, ao final, consenso ou a celebração de convênio coletivo.

Defende-se ainda a compatibilidade das dispensas coletivas, ainda que se configure a ruptura excepcional por força maior, com o dever do empregador de esclarecer os motivos que as ensejaram, estando estes relacionado a uma causa objetiva da empresa (por exemplo, de ordem econômico-financeira ou tecnológica), e com o dever de informação prévia da intenção de despedir, diante da imposição de que as partes, nas relações contratuais, conservem o princípio da boa-fé (Código Civil, art. 422).

Trata-se a boa-fé objetiva de um dever anexo a todo e qualquer contrato, ganhando ainda mais importância no contrato laboral, em que a relação entre as partes é permeada pela confiança, constituindo cláusula geral nele inserta.

Nos dizeres de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, o princípio da boa-fé ou, simplesmente, boa-fé objetiva, prescreve, também, a observância dos deveres jurídicos anexos ou de proteção, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação etc.¹³

Elucidativa é a posição de Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale, a qual atrela o dever de informação dos motivos da dispensa à cláusula do devido processo legal, constituindo uma microparcela deste, que penetra em todas as relações contratuais, prescindindo de previsão formal no liame estabelecido entre as partes, por se tratar de garantia constitucional fundamental, consoante há muito tempo vêm admitindo doutrina e jurisprudência¹⁴.

O dever de informar com uma certa antecedência da possibilidade de dispensa coletiva cumpre o importante papel de não serem os empregados tomados de surpresa, impossibilitando-lhes, inclusive, de honrar compromissos e, o que é pior, comprometendo gravemente a sua subsistência e a de

13 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 414.

14 VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil. São Paulo: LTr, 2015, p. 198-199.

sua família, haja vista, repita-se, o caráter salarial dos salários. É claro que não há parâmetros temporais definidos, o que exigirá uma análise acurada da situação concreta. Por óbvio que não se pode exigir o mesmo lapso temporal de antecedência quando da configuração da hipótese de força maior, em que há o viés de acontecimento inevitável, em comparação com outra hipótese de dispensa coletiva. Entretanto, o que se defende é que, independentemente do motivo que ensejou a dispensa, ao desrespeitar os deveres de comunicação e informação, o empregador excede manifestamente os limites da boa-fé objetiva, e, assim, pratica conduta ilícita por abuso de direito, conforme ressaí do art. 187 do Código Civil¹⁵, ocasionando, em consequência, a obrigação de reparação do dano, na forma do art. 927 do mesmo Diploma.¹⁶

Destarte, a ideia que se abriga é que, independentemente da modalidade de despedida e da situação de anormalidade que se vivencia, são deveres anexos a todo e qualquer contrato a lealdade e boa-fé, vetores que fundamentam, para evitar surpresas e impactos negativos na vida do trabalhador, o dever do empregador de informar com antecedência (analisada esta no caso concreto) acerca da possibilidade da dispensa coletiva, comunicando ao Sindicato; bem assim, ressaíndo em significância, o dever de negociar as consequências com o sindicato profissional. Tais deveres, repita-se, não se confundem com a necessidade de autorização prévia de entidade sindical e com o dever de firmar acordos e convenções coletivas.

15 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

5) AS DISPENSAS COLETIVAS NA PANDEMIA DO COVID-19: O CASO DA LATAM

Em meio à pandemia e na contramão dos princípios basilares da Constituição Federal, notadamente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 3º, III e IV), e de seus objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem comum (art. 4º, I e IV), vê-se, cada vez mais, o aumento das dispensas coletivas.

Têm sido recorrentes, neste cenário de crise, matérias jornalísticas que enfatizam a intenção ou a concretização de dispensas em massa. A título ilustrativo, cite-se que, em 15/05/2020, anunciou-se “Latam anuncia demissão de 1.400 funcionários”¹⁷. Em 18/05/2020, o site “UOL” publicou “Fogo de Chão demite 436; no Rio, diz que governo do estado pagará rescisão”¹⁸. Noticiou-se pela ABRAFI (Associação Brasileira de Mantenedores das Faculdades), em 15/07/2020, que “Demissões em massa nas universidades particulares atestam conversão acelerada para modalidade EaD e sinalizam desemprego estrutural dos docentes”¹⁹. Em 31/07/2020 foi noticiado “Latam demite 2.700 pilotos e comissários; corte equivale a 38% do total de tripulantes, diz sindicato”²⁰. E as notícias de dispensas não param. Em 03/09/2020, no site da Itatiaia se noticiou que “Embraer anuncia demissão

17 Latam anuncia demissão de 1.400 funcionários. Correio do Povo, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/economia/latam-anuncia-demiss%C3%A3o-de-1-400-funcion%C3%A1rios-1.423177>. Acesso em: 13 nov. 2020.

18 LEMOS, Marcela. Fogo de Chão demite 436; no Rio, diz que governo do estado pagará rescisão. Uol, Rio de Janeiro, 18 de maio de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/18/fogo-de-chao-churrascaria-demissoes-coronavirus.htm>. Acesso em: 13 nov. 2020.

19 Demissões em massa nas universidades particulares atestam conversão acelerada para modalidade EaD e sinalizam desemprego estrutural dos docentes. Abrafi, 15 de jul. de 2020. Disponível em: <https://www.abrafi.org.br/index.php/site/noticiasnovo/ver/3493/educacao-superior>. Acesso em: 13 nov. 2020.

20 Latam demite 2.700 pilotos e comissários; corte equivale a 38% do total de tripulantes, diz sindicato. G1, São Paulo, 31 de jul. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/31/latam-demite-2700-pilotos-e-comissarios-corte-equivale-a-38percent-do-total-de-tripulantes-diz-sindicato.ghtml>. Acesso em: 13 nov. 2020.

em massa e justifica: pandemia e cancelamento de acordo com a Boeing”²¹. Em 1º/10/2020, no site do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e Financeiros do Município do Rio de Janeiro constou a notícia de que “Bradesco descumpre acordo e demite em massa em plena pandemia”.²²

Todas estas reportagens revelam os números alarmantes e crescentes de dispensas coletivas ocorridas durante a pandemia, algumas das quais, inclusive, foram rechaçadas pelo Poder Judiciário que, prontamente, entendeu pela sua nulidade, determinando a reintegração de tais empregados.

Nestas circunstâncias, merece destaque, pela sua grande repercussão midiática, jurídica e social, uma análise do Caso LATAM neste contexto pandêmico.

Logo no início da pandemia no Brasil, ainda no mês de março/2020, a LATAM apresentou ao Sindicato Nacional dos Aeronautas - SNA:

uma proposta de Acordo Coletivo de Trabalho como medida emergencial dada a diminuição drástica da receita e do número de voos, causada pela pandemia de covid-19. Segundo a empresa, essa é uma medida necessária à sustentabilidade da companhia, que em contrapartida garante a manutenção dos empregos.²³

21 Embraer anuncia demissão em massa e justifica: pandemia e cancelamento de acordo com a Boeing. Itatiaia, 03 de set. de 2020. Disponível em: <https://www.itatiaia.com.br/noticia/embraer-anuncia-demissao-em-massa-e-acordos-de-saida-voluntaria-causadas-pela-pandemia-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 13 nov. 2020.

22 VASCONCELLOS, Carlos. Bradesco descumpre acordo e demite em massa em plena pandemia. Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e Financeiros do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 01 de out. de 2020. Disponível em: <https://www.bancariosrio.org.br/index.php/bradesco/item/5349-bradesco-descumpre-acordo-e-demite-em-massa-em-plena-pandemia>. Acesso em: 13 nov. 2020.

23 Latam apresenta proposta de ACT devido à crise da covid-19. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 20 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/submanchetes/314-sub-manchete-1/9345-latam-apresenta-proposta-de-act-devido-%C3%A0-crise-da-covid-19.html>. Acesso em: 17 nov. 2020.

A referida proposta foi submetida à votação pelos aeronautas associados, que a aprovaram.

O acordo coletivo de trabalho, celebrado em 26/03/2020, com vigência de 01/04/2020 até 30/06/2020, denominado “ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - 2020 – PANDEMIA CORONAVÍRUS”, previu, na sua CLÁUSULA 7ª, §11, que:

Durante o período de estabilidade a EMPRESA poderá rescindir o contrato de trabalho sem justa causa somente na hipótese de perda definitiva do CMA (Certificado Médico Aeronáutico) e/ou CHT (Certificado de Habilitação Técnica), não sendo aplicável a cláusula de redução da força de trabalho prevista na CCT. Ficam asseguradas às PARTES as outras formas de rescisão do contrato de trabalho.²⁴

Ou seja, garantiu-se a estabilidade no emprego durante o período de vigência do ACT-emergencial.

As negociações prosseguiram nos meses que se seguiram, visando à celebração de um novo acordo coletivo de trabalho para o período posterior à vigência do ACT-emergencial, com o objetivo de manutenção dos empregos, já que era anunciada pela LATAM, a todos os ventos, a necessidade de redução da força de trabalho em razão dos efeitos da pandemia.

Inúmeras rodadas de negociação foram entabuladas; contudo, sem sucesso.

Como as tratativas não avançaram, o SNA ingressou com pedido de mediação pré-processual perante o Tribunal Superior do Trabalho (PMPP 1000778-30.2020.5.00.0000).

Curial registrou que em 01/07 e 29/06, respectivamente, o TST já havia homologado acordos com as aéreas Azul e Gol, contemplando garantia de emprego de 18 meses, nos autos

²⁴ Documento disponível em: https://www.aeronautas.org.br/images/ACT_LNR_CONAVID_SNA.pdf. Acesso em 17 nov. 2020.

dos processos n. 1000721-12.2020.5.00.0000 (Azul) e n. 1000611-13.2020.5.00.0000 (Gol).²⁵

No caso da mediação da LATAM, com o intuito de alcançar a conciliação, foram realizadas reuniões unilaterais e bilaterais, nos dias 03/07, 10/07, 20/07 e 03/08, com o Vice-Presidente da Corte, Ministro Vieira de Mello Filho, além de contatos por *e-mail*, telefone e mensagens por vários canais. Apesar dos esforços, infelizmente não foi possível se chegar a um acordo, o que culminou com o arquivamento do feito em 06/08/2020.

Ao longo do procedimento de mediação, foram apresentadas várias propostas e contrapropostas pelas partes.

A proposta final da LATAM quanto ao novo ACT foi submetida à votação nos dias 23 e 27 de julho e rejeitada pelos tripulantes associados. As propostas rejeitadas “tinham previsão de redução de jornadas e salários e garantia de empregos por 18 meses, porém havia dispositivos no texto que condicionavam a validade futura dos ACTs à aprovação de acordos específicos sobre a mudança permanente na forma de remuneração”.²⁶

Na sequência, o SNA convocou Assembleia Geral Extraordinária para deliberação sobre autorização ao SNA, visando negociar alterações permanentes, propostas pela empresa, no modelo de remuneração a partir de janeiro de 2022.

Na votação ocorrida em 31/07/20, os tripulantes associados da LATAM deliberaram por não autorizar que o SNA negociasse com a empresa mudanças permanentes no modelo de remuneração.

25 FREITAS, Hyndara. TST homologa acordos com Azul e Gol com garantia de emprego de 18 meses. Brasília: Jota, 02/07/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/tst-homologa-acordos-com-azul-e-gol-com-garantia-de-emprego-de-18-meses-02072020>. Acesso em: 17/11/2020.

26 Tripulantes da Latam reprovam propostas da empresa para novos ACTs. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 27 de jul. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/manchete/9764-tripulantes-da-latam-reprovam-propostas-da-empresa-para-novos-acts.html>. Acesso em 17 de nov. 2020.

Importante trazer à baila relevantes informações inseridas no *site* do SNA sobre o tema:

Anteriormente, em votação realizada on-line entre os dias 23 e 27 de julho, os tripulantes rejeitaram as propostas de ACTs apresentadas pela empresa, que tinham dispositivos que condicionavam a validade dos acordos à aprovação de mudanças permanentes na remuneração.

A votação desta sexta foi realizada devido uma condição imposta pela Latam, que para continuar negociando exige que a categoria esteja disposta a negociar uma alteração permanente, reduzindo o salário.

O SNA já requereu uma audiência de mediação no TST. Ressaltamos que o SNA já firmou mais de 60 acordos coletivos com empresas de aéreas de todos os segmentos, incluindo Gol e Azul, para enfrentamento da crise —sempre com reduções de salário e jornada temporários e com manutenção dos empregos como contrapartida.²⁷

Após a última reunião de mediação ocorrida no TST em 03/08, e uma vez que restaram frustradas as negociações, a LATAM anunciou o desligamento de 2700 tripulantes.²⁸

Com o início das dispensas, que representaram 38% do quadro da LATAM e ocorreram entre 07 e 14 de agosto²⁹, o SNA passou a fiscalizar o modo de operacionalização das rescisões, com a finalidade de se garantir o cumprimento da cláusula 3.1.2 da Convenção Coletiva de Trabalho Aviação Regular - 2019/2020 - SNA/ANEA:

27 Tripulantes da Latam negam autorização para negociação de mudanças permanentes. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 31 de jul. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/manchete/9791-tripulantes-da-latam-negam-autoriza%C3%A7%C3%A3o-para-negocia%C3%A7%C3%A3o-de-mudan%C3%A7as-permanentes.html>. Acesso em 17 nov/2020.

28 Latam: veja como foi a live sobre o anúncio das demissões na companhia. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 04 de ago. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/manchete/9799-latam-veja-como-foi-a-live-de-segunda-feira-3-sobre-o-an%C3%BAnuncio-das-demiss%C3%B5es.html>. Acesso em: 18 de nov. 2020.

29 Latam vai demitir 2,7 mil pela internet até o fim da semana. Infomoney, 05 de ago. de 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/latam-vai-demitir-27-mil-pela-internet-ate-o-fim-da-semana/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

3.1.2. Normas em caso de necessidade de redução da força de trabalho

Se houver necessidade de redução da força de trabalho, as demissões ocorrerão por função, observados os seguintes critérios:

- a) O aeronauta que manifestar, sem perda de seus direitos, interesse em deixar o emprego, se o custo for aceitável pela empresa;
- b) Os que estiverem em processo de admissão ou estágio inicial na empresa;
- c) Os aposentados com complementação ou suplementação salarial proveniente de qualquer origem e os que estiverem na reserva remunerada, respeitada a ordem decrescente de antiguidade na empresa;
- d) Os aposentáveis com complementação ou suplementação salarial integral, respeitada a ordem decrescente de antiguidade na empresa;
- e) Os de menor antiguidade na empresa.³⁰

Como se observa da cláusula convencional, as partes, de antemão e antes da pandemia, estabeleceram critérios objetivos para a hipótese de dispensa em massa, dentre os quais destaca-se a demissão “por função” e não “por equipamento” ou “por base”.

Os referidos critérios, embora previstos para épocas de normalidade, foram objeto de negociação entre as partes, para que fossem preservados e observados por ocasião dos 2700 desligamentos.

Nesse sentido, após as negociações, foi mantido o critério da “demissão por função” previsto no *caput* da cláusula acima, afastando-se a pretensão da empresa de “demissão por equipamento”, bem como ajustaram que os critérios das alíneas ‘c’ e ‘d’ da referida cláusula não seriam aplicados aos tripulantes na ativa

³⁰ Documento disponível em: https://www.aeronautas.org.br/images/CCT_2019-2020_Aviacao_Regular.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

em gozo de benefício do plano de previdência privada Latam Prev.³¹ Outrossim, as demais alíneas da cláusula foram preservadas em negociação entre as partes, inclusive com a diminuição do número dos que seriam despedidos, em razão da exclusão dos trabalhadores “que fizeram adesão aos programas de PDV/ PAPI, bem como os aposentados ou aposentáveis com complementação ou suplementação salarial, com diferentes origens”.³²

Imediatamente após a efetivação das 2700 dispensas, a LATAM voltou a anunciar a necessidade de outra redução da força de trabalho.

Iniciaram-se, a partir de então, novas tratativas entre as partes, inclusive com a mediação do TST³³, desta feita provocada pela LATAM (processo PMPP 1001299-72.2020.5.00.0000, distribuído em 11/09/2020). Nesta nova rodada de negociações, a empresa “afirmou ter ainda 1.200 tripulantes excedentes — e que tem o objetivo de reduzir 20% o custo de sua folha de pagamento com os aeronautas”.³⁴

Diante do novo panorama, o SNA, mais uma vez, convocou Assembleia Geral Extraordinária, a fim de que deliberassem sobre a concessão ou não de autorização à Diretoria do SNA, para que esta negociasse, em nome dos aeronautas da

31 Latam: veja como foi a live sobre o anúncio das demissões na companhia. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 04 de ago. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/manchete/9799-latam-veja-como-foi-a-live-de-segunda-feira-3-sobre-o-an%C3%BANCio-das-demiss%C3%B5es.html>. Acesso em: 18 de nov. 2020.

32 Latam apresenta números de PDV e de aposentados e aposentáveis que diminui nº de demitidos. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 07 de ago. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/manchete/9833-latam-apresenta-n%C3%BAmeros-de-pdv,-aposentados-e-aposent%C3%A1veis-que-diminui-n%C2%BA-de-demitidos.html>. Acesso em: 18 nov. 2020.

33 Latam: veja como foi a live de 16/9 após reunião com TST sobre a empresa. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/noticias/9955-latam-veja-como-foi-a-live-de-16-9-ap%C3%B3s-reuni%C3%A3o-com-tst-sobre-a-empresa.html>. Acesso em: 18 nov. 2020.

34 Latam quer reduzir folha, mas não apresenta proposta; SNA faz live nesta terça, às 20h. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 21 de nov. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/manchete/9974-latam-quer-reduzir-folha,-mas-n%C3%A3o-apresenta-proposta-sna-faz-live-nesta-ter%C3%A7a.html>. Acesso em: 18 de nov. 2020.

Latam, perante a mediação do Tribunal Superior do Trabalho, acordo coletivo de trabalho de redução permanente no modelo de remuneração da empresa, conforme parâmetros propostos pela Latam.

Em votação realizada nos dias 1 e 2 de outubro, os tripulantes associados da Latam Airlines Brasil deliberaram por autorizar que a diretoria do SNA negociasse com a empresa mudanças permanentes no modelo de remuneração.³⁵

Até o fechamento deste artigo, as partes ainda estavam em negociação no bojo do procedimento de mediação perante o TST, não havendo, ainda, um desfecho.

Reforça-se, com a análise deste caso, pois, a grande importância da informação prévia ao sindicato dos empregados acerca da possibilidade de dispensas coletivas, bem assim das tratativas negociais prévias sobre as consequências desse ato, visando diminuir, ao máximo, os impactos adversos, os quais, ainda assim, são incalculáveis.

Sem desconhecer que há situações inevitáveis, inclusive com o fechamento de empresas, não se pode conceber, e nem mesmo cancelar, que, em momentos de crise como a vivenciada, o trabalhador que não recebe os lucros relativos a um empreendimento exitoso, mas apenas percebe a remuneração pelo serviço ofertado, arque com uma possível diminuição da margem de lucro ou com a dificuldade ou fragilidade financeira suportada pelas empresas. É exatamente em momentos de crise que o trabalhador precisa ter assegurados os seus direitos fundamentais, notadamente o seu direito ao trabalho. A flexibilização e a desregulamentação dos direitos já conquistados a duras penas não deve ocorrer sem uma análise minuciosa da

35 Latam: tripulantes autorizam que SNA inicie negociação com a empresa. Sindicato Nacional dos Aeronautas, 02 de out. de 2020. Disponível em: <https://www.aeronautas.org.br/submanchetes/492-sub-manchete-6/10009-latam-tripulantes-autorizam-que-sna-inicie-negocia%C3%A7%C3%A3o-com-a-empresa.html>. Acesso em: 18 de nov. 2020.

situação concreta, sob pena de se inverter a lógica do direito laboral, esvaziando o seu caráter tuitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a presente reflexão reafirmando a importância do labor para a vida do trabalhador e, lado outro, os efeitos nefastos que o desemprego provoca, podendo comprometer a sua própria subsistência e/ou de sua família. Na dispensa coletiva, por sua grande repercussão social, tais efeitos indesejáveis ganham maior proporção, já que se atinge toda uma coletividade de trabalhadores.

Neste contexto pandêmico vivenciado atualmente percebe-se um aumento vertiginoso nas dispensas coletivas, muitas das quais sob a alegada justificativa de configuração de força maior. Defende-se, aqui, tratar-se de medida extrema e excepcional, sendo imprescindível distinguir, com precisão, a situação de algumas empresas que estão suportando prejuízos financeiros e a conseqüente diminuição de lucros da situação de empresas que, efetiva e comprovadamente, tiveram, de forma substancial, afetada sua situação econômica e financeira, restando impossibilitada a execução de suas atividades, total ou parcialmente, sendo a dispensa dos trabalhadores a “última ratio” e alternativa possível. Tal entendimento em nada se confunde, ou mesmo desnatura, o poder potestativo do empregador de rompimento do vínculo sem justa causa, exigindo-se, todavia, uma atenção redobrada, quando se tratar de dispensa coletiva, haja vista, repita-se, a sua grande ressonância negativa na comunidade laboral como um todo.

Para tanto, fora analisado, pela sua grande repercussão midiática, jurídica e social, o Caso LATAM neste contexto pandêmico, validando-se a importância da informação ao Sindicato acerca de possíveis despedidas e, notadamente, das várias negociações que vêm ocorrendo em busca de uma alternativa que enseje menos efeitos perversos e prejudiciais aos aeronautas.

Portanto, defende-se que, malgrado o silêncio do legislador na regulamentação do art. 7º, I da Carta Maior, que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa; e mesmo após a inclusão do art.477-A da CLT, em que, em tese, se pode defender que o empregador não precisa de autorização do sindicato para a despedida coletiva; permanecem incólumes os deveres de informar com antecedência os motivos de uma ruptura tão impactante, e ainda de negociar previamente as consequências de tal ato com o sindicato dos trabalhadores, minorando os seus deletérios efeitos, conclusão que se extrai do princípio da boa-fé e de uma leitura combinada de todo arcabouço legislativo e principiológico reportado alhures.

REFERÊNCIAS

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 601.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando Gomes. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – aspectos jurídicos do desemprego tecnológico**. Revista LTr: São Paulo, v. 38, n. 7, p. 575-579, jul. 1974.

MARTINEZ, Luciano Martinez. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROCHA, Andréa Presas. **A dispensa coletiva nos 30 anos da constituição federal: a inércia do legislador, a jurisprudência do tst e a reforma trabalhista**. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VALE, Sílvia Teixeira do; LUDWIG, Guilherme Guimarães. *Hermenêutica constitucional do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. Edição Kindle. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2020.

VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil**. São Paulo: LTr, 2015.

Teletrabalho em tempos de pandemia e o direito à desconexão

Andréa Presas¹
Flávvyá Wanessa Abreu Marques²

1 Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFBA. Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Juíza do Trabalho do TRT5. E-mail: andreapresas@gmail.com

2 Pós-graduada em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA, em Direito e Processo do Trabalho pela Juspodivm e em Educação Infantil com Mídias interativas pela Universidade Estadual da Bahia. Aluna do Mestrado da UFBA. Assessora Jurídica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. E-mail: flavvyaabreu@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Como nos diz a canção “A gente não quer só dinheiro, a gente quer dinheiro e felicidade”. O trabalho, remontando a sua origem, qual seja, “tripallium”, se traduz numa ideia de dor e sofrimento. Tal concepção, entretanto, vai perdendo força para se conceber a ideia de trabalho como fonte de realização pessoal e profissional. Não se olvida que o trabalho é um importante e imprescindível mecanismo para a consecução de bens materiais, por serem estes esgotáveis e finitos; todavia, não se pode perder de vista, e tal ressaí em importância, que deve ser propulsor da instrumentalização da dignificação do indivíduo enquanto sujeito de direitos.

Respeitar a dignidade do trabalhador não se resume a assegurar um ambiente de trabalho sadio, hígido e equilibrado, indene de riscos físicos, biológicos e ergonômicos, objetivo este alinhado com as ideias de meio ambiente ecologicamente equilibrado e de sadia qualidade de vida asseguradas pela Carta Republicana. Esse respeito perpassa ainda pelo entendimento de que o trabalhador não pode ser visto como mero objeto para a consecução de objetivos alheios, já sendo refutada pela Declaração de Filadélfia a ideia de trabalho como mercadoria.

Aprisionado pelos interesses capitalistas e pelos fins do empreendimento ao qual se encontra atrelado, o trabalhador, forçadamente pela sua condição de hipossuficiência e pelo medo de desemprego, relega a segundo plano seus objetivos pessoais, distancia-se do convívio com a família e com amigos, adia planos de crescimento profissional, sufraga momentos de prazer, lazer e ócio, quando não, e o que é pior, vivencia um contexto que favorece um total desalinhamento da sua higidez

mental. É comum em situações de excesso de trabalho, o desenvolvimento de doenças psíquicas, como depressão, ansiedade, transtorno do sono, estresse, fadiga, dentre outras.

O direito ao trabalho digno abarca ainda a sua vertente negativa de não realizá-lo, ou seja, de desconectar-se para bem vivenciar outros âmbitos da vida (família, amigos, lazer, esporte, projetos pessoais e profissionais, dentre outros). Surge, nesta toada, o direito à desconexão do trabalho, que ganha maior importância neste cenário tecnológico, em que se invisibilizam as formas de controles da duração do trabalho e do efetivo gozo dos intervalos a que faz jus o trabalhador.

A análise de tal situação, sempre sem esquecer o valor do trabalho digno numa perspectiva democrática de estado, reacende uma preocupação ainda maior quando se analisa a nova modalidade de labor, o teletrabalho, que desponta de forma efusiva e desinibida em termos de números de empresas que a ela aderiram, notadamente no cenário pandêmico que se vivencia; mas que, entretanto, permanece acanhada e tímida em termos de proteção social do trabalhador, à míngua de uma regulação específica sobre a matéria.

Destarte, este artigo propõe uma reflexão crítica acerca do meio ambiente de trabalho surgido com essa modalidade de labor, teletrabalho, que fez despontar um novo e inusitado local de prestação de serviços bem distinto do previsível chão das fábricas. Surge, por vezes, de forma brusca e impensada, notadamente com o crescimento neste momento de pandemia do COVID-19 do *home office* (umas das modalidades mais conhecidas do teletrabalho), uma nova alternativa para a diminuição de custos pelas empresas e dos tempos considerados ociosos. O problema que exsurge e que será objeto de análise é o fato desta alternativa, sem desmerecer os seus pontos positivos, ter vindo desacompanhada de uma preparação prévia desse ambiente laborativo e dos meios de fiscalização por parte do empregador,

notadamente no que concerne à duração da jornada cumprida. Tal situação acaba por afrontar o direito à desconexão, tão indispensável quando se pensa no teletrabalho.

O artigo traça um paralelo entre a previsão celetista acerca do teletrabalho, a sua implementação na prática e as previsões constitucionais e legais que asseguram um meio ambiente laboral sadio e equilibrado ao trabalhador, trazendo ainda as convenções internacionais correlatas. Serão enfatizadas as mais recentes alterações celetistas sobre o tema, notadamente quanto à exclusão do teletrabalho do capítulo específico da duração da jornada; bem assim sobre os acanhados e insatisfatórios dispositivos que tratam da fiscalização desta nova modalidade.

Articula-se um debate teórico, no primeiro momento, sobre o disciplinamento legal/constitucional e doutrinário acerca do teletrabalho; na segunda parte, sobre o teletrabalho como nova realidade crescente de labor no contexto pandêmico e que se propõe a permanecer, analisando-se as condições em que este trabalho vem sendo desenvolvido; na terceira seção, se investigará sobre a possibilidade de compatibilidade de um ambiente laborativo sadio, hígido e equilibrado no teletrabalho; e, na sequência, se tratará sobre a indispensabilidade de adoção de medidas efetivas de limitação da jornada e de garantia de intervalos interjornadas e intrajornada, no teletrabalho, como alternativas viáveis para a preservação do direito à desconexão do trabalho e, por consequência, para minorar os efeitos nefastos advindos de uma extenuante e estafante jornada de labor.

1) TELETRABALHO: DISCIPLINAMENTO LEGAL E DOUTRINÁRIO

O conceito de teletrabalho não se restringe ao trabalho em domicílio, possuindo uma interpretação mais alargada, a qual visa abarcar, nos dizeres de Luciano Martinez, toda organização

laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento³.

José Arnaldo de Oliveira define o teletrabalho como aquele “realizado fora das dependências da empresa, desde que sejam utilizados recursos de internet ou qualquer outro meio de tecnologia de informação e comunicação capaz de enviar e receber as atividades laborativas que serão realizadas”.⁴

Segundo Celio Pereira Oliveira Neto:

O teletrabalho pode ser conceituado como trabalho prestado, ao menos em parte à distância, fora da sede da organização empresarial, mediante o uso da telemática, com flexibilidade de jornada, e ausência de fiscalização direta, empoderando o teletrabalhador diante da auto-organização e autonomia de gestão do tempo, e em certa medida de suas atividades.⁵

Esclarece que, apesar de o teletrabalho poder ser oferecido a partir de diversos locais, tais como o domicílio, telecentros públicos ou privados, oficinas satélites, locais móveis, como hotéis, aeroportos, de modo nômade, ou mesmo misto, quando envolve mais de um método, a legislação brasileira não considera como tal o trabalho realizado em organização descentralizada montada e gerida pelo empregador, em atividade externa ou em regime misto⁶.

O teletrabalho, com os frequentes avanços tecnológicos, cresce de forma acelerada, provocando intensos debates

3 MARTINEZ, Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 253.

4 OLIVEIRA, José Arnaldo de. O teletrabalho e as novas tecnologias na relação laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 15.

5 OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação. 2017. 238 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 96.

6 Idem, p. 99.

e impulsionando uma extensa produção acadêmica (artigos científicos, livros, trabalhos de conclusão de curso, matérias jornalísticas, webinários etc) em torno de questões controvertidas em derredor dessa “nova” modalidade de labor; entretanto, não se percebe o mesmo impulso argumentativo e reflexivo por parte do legislativo, a fim de se elaborar uma específica legislação que a importância do tema exige, a qual tratasse de forma minudente dessas questões que despontam no cenário atual. Houve a apresentação de um Projeto de Lei 4505/2008 na Câmara dos Deputados, que dispunha sobre a regulamentação do trabalho à distância e as relações de teletrabalho, aguardando deliberação de recurso desde 2011. Houve outras propostas apresentadas recentemente, tais como os PL 3512/2020 e PL 3915/2020, mas sem de longe esboçar uma lei específica para regular o teletrabalho, visando apenas, em sua grande maioria, algumas pequenas alterações nos dispositivos que tratam da matéria.

Feitas tais ponderações, surge o seguinte questionamento: de que disposições legais, ainda que tímidas e insatisfatórias, nos valem, no nosso país, para tentarmos compreender o teletrabalho? E, neste sentir, é preciso, inicialmente, trazer à baila o art. 6º do Texto Celetista, com a redação dada pela Lei n. 12.551 de 2011, que assim dispõe: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. Houve um nítido propósito por parte do legislador em atribuir um tratamento equânime ao trabalho assim desenvolvido (no domicílio do empregado ou à distância) com relação àquele tradicionalmente realizado no estabelecimento do empregador, desde que, por certo, estejam atendidos os requisitos fáticos-jurídicos caracterizadores de uma relação de emprego, nos moldes dos arts. 2º e 3º deste mesmo diploma celetista. O referido propósito ficou, inclusive, estampado de

forma expressa quando, no parágrafo único do aludido art. 6º, se deixou assentada a ideia sobre o requisito mais importante da relação de emprego, qual seja, a subordinação jurídica, de que “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Anos após essas breves sinalizações a respeito do teletrabalho feitas na Consolidação das Leis Trabalhistas, a Lei n. 13.467 de 2017, denominada reforma trabalhista, incluiu um capítulo próprio II-A denominado “DO TELETRABALHO”, disciplinando alguns pontos e tratando de defini-lo no art. 75-B nos seguintes termos: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. Visando dirimir qualquer dúvida a respeito da preponderância a que alude o dito dispositivo, o seu parágrafo único fora elucidativo no sentido de que o comparecimento por parte do empregado às dependências do empregador, visando à realização de atividades específicas que exijam a sua presença no estabelecimento, não descaracterizaria o regime de teletrabalho.

Combinada com essa disposição, outras poucas diretrizes acerca do teletrabalho foram definidas para essa modalidade de contratação nos dispositivos seguintes (art. 75-C ao art. 75-E da CLT), dispondo, por exemplo, que deve ser ajustada de forma expressa no contrato individual de trabalho; que a alteração entre regime presencial e de teletrabalho exige mútuo acordo entre as partes, bem assim registro em aditivo contratual; que a alteração do regime de teletrabalho para o presencial pode ocorrer por determinação do empregador, desde que seja garantido prazo de transição mínimo de quinze dias e haja o correspondente registro em aditivo contratual; que deverão

estar previstas em contrato escrito as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como relativas ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, deixando assentado ainda que tais utilidades não integram a remuneração do empregado.

Dentre essas disposições alhures aludidas que tratam da matéria de forma bastante incompleta, destaca-se um artigo que, pela sua importância na análise do quanto aqui discutido, merece tratamento específico e apartado. Trata-se do art. 75-E da CLT, o qual será retomado adiante, dispondo que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Complementando tal previsão, o parágrafo único imputa ao empregado o dever de assinatura de um termo de responsabilidade no qual este se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. Paire, contudo, um silêncio na lei, aflorando dúvidas, a respeito de questões ligadas à preservação da saúde do trabalhador, aos meios efetivos de fiscalização desse labor, à responsabilidade do empregador por eventuais riscos, doenças e/ou acidentes ocorridos na prestação do serviço, dentre outras, deixando patente uma escancarada desproteção do empregado, parecendo pretender fazer vistas grossas ao caráter tuitivo do direito laboral.

Além desse vazio eloquente, o legislador reformista foi mais além nessa desproteção quando, inobstante tratar insatisfatoriamente do teletrabalho nos parques dispositivos a que se aludiu, olvidando de abordar questões de relevada importância, notadamente ligadas à saúde e segurança do trabalho, fez questão de incluir, nos termos do art. no art. 62, III, da CLT, no rol daqueles empregados que não estão sujeitos ao capítulo específico da duração da jornada, “os empregados em regime de

teletrabalho”. Possibilitou-se, destarte, que trabalhadores nesse regime, por vezes por desinteresse de fiscalização por parte do empregador, suportem extenuantes e estafantes jornadas de labor ou tenham suprimidos intervalos indispensáveis para a higidez mental, em total desalinhamento com conquistas históricas que, a duras penas, se concretizaram em termos de duração e limitação da jornada.

Destaque-se que a legislação brasileira vai na contramão do que se observa em outros países, que, atentos às mudanças reais nas condições de labor e ao crescimento dessa modalidade, lançam mão de legislação específica e pormenorizada acerca do teletrabalho, revelando uma premente preocupação com o bem estar e a higidez física e mental do trabalhador, o que perpassa, sem sombra de dúvidas, pela importante e necessária limitação da jornada.

A título ilustrativo, emerge a legislação francesa que, com a reforma trabalhista de 2016 (LOI n°2016-1088, de 08 de agosto de 2016), reconheceu o direito à desconexão, ao alterar a redação do parágrafo 6º e incluir o parágrafo 7º no artigo L.2242-8 do Código de Trabalho Francês, estabelecendo que:

[...] entre as matérias objeto de negociação coletiva anual obrigatória (que na França é obrigatória para determinadas matérias), se deverá incluir, dentro das condições relativas à qualidade de vida dos trabalhadores, as modalidades do exercício do Direito à Desconexão, com a implementação de dispositivos para regular o uso das ferramentas digitais, a fim de garantir o cumprimento dos períodos de intervalos e férias, bem como o respeito à vida pessoal e familiar⁷.

7 KARFF, Rafael Neves. Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, n. 205, Julho de 2017, p. 53-74. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 04/11/2020.

Mais recentemente, aponta-se a Lei da Argentina n.27.555/20⁸, de 14 de agosto de 2020, editada com o propósito específico de regular o teletrabalho. Visando enfatizar a importância da limitação da jornada no teletrabalho, o seu art. 4⁹ disciplina que a jornada deve ser pactuada previamente, por escrito e em conformidade com os limites legais e convencionais vigentes, prevendo, o que ressaltamos em importância, que as plataformas e/ou softwares utilizados para os fins específicos do teletrabalho deverão se desenvolver de acordo com a jornada laboral estabelecida, impedindo que o trabalhador fique conectado fora dessa jornada expressamente prevista.

Esse vazio legislativo pátrio nos leva a entender a importância de uma leitura combinada de tais dispositivos celetistas com o arcabouço de normas protetivas da saúde e segurança do trabalhador extraídas do Texto Constitucional e da legislação internacional.

2) TELETRABALHO NO CONTEXTO DE PANDEMIA: REALIDADE QUE SE PROPÕE A PERMANECER

O teletrabalho é uma realidade que, com a modernização do direito do trabalho e com as aceleradas inovações tecnológicas, vem crescendo bastante nos últimos tempos, principalmente com a fase pandêmica que atualmente se vivencia, provocada pelo COVID-19. Chegou sem avisar e ainda não tem tempo certo e delimitado para findar. As incertezas fazem parte

8 Texto da Lei no 27.555/20. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>. Acesso em: 31/08 2020.

9 “Artículo 4º- Jornada laboral. La jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos.

Las plataformas y/o software utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados según lo establecido en el artículo 18 de la presente, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral establecida, impidiendo la conexión fuera de la misma”.

deste cenário e, com elas, necessidades de ajustes e adaptações foram surgindo no ambiente laborativo.

Alguns estabelecimentos foram, de forma forçada e sem qualquer planejamento, fechados num piscar de olhos, tal como se verificaram com ramos de restaurantes, bares, centros comerciais, shoppings, dentre outros. E, dentro desse contexto de insegurança, hesitação e incerteza, desponta para alguns ramos, como alternativa viável e/ou menos custosa, o teletrabalho. Embora não restrito ao labor na residência, foi esta a forma mais visível e intensificada.

Atento a essa realidade, o governo federal prontamente editou a MP n. 927 de 2020, que dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Malgrado a dita MP tenha caducado em dia 19 de julho de 2020, por não ter sido convertida em lei no prazo de sessenta dias a que alude o art. 62, §3º da CLT, suscitou, na realidade, uma série de questionamentos, dúvidas e discussões. E, na presente reflexão, ganha destaque o fato de ter reservado um capítulo específico para disciplinar a matéria — “DO TELETRABALHO” —, ratificando o que sustentamos alhures, a respeito do crescimento dessa modalidade de labor e da conclusão no sentido de ter sido esta uma alternativa viável para enfrentamento do período pandêmico e para minimização de seus perversos efeitos para a economia. Restou assentada, no art. 4º da referida norma, a possibilidade de adoção da modalidade de trabalho e de alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado ainda o registro prévio da aludida alteração no contrato individual de trabalho. Tal proceder constitui uma nítida flexibilização dos direitos trabalhistas, já que o Texto Celetista dispunha sobre essas exigências formais para a sua implementação.

Embora não se possa afirmar que todas as empresas puderam adotar o teletrabalho, fora a solução encontrada por muitas delas para, repita-se, conter, ou ao menos minorar, os efeitos nefastos de tal situação pandêmica, notadamente pelo fechamento repentino e obrigatório imposto e/ou pela necessidade de se evitar a circulação e a aglomeração entre as pessoas, alinhando-se com o propósito de isolamento social determinado pela Organização Mundial de Saúde.

Destarte, inúmeras empresas aderiram ao teletrabalho com base na aludida Medida Provisória e, o que é mais importante, são várias as matérias jornalísticas que veiculam a ideia de manutenção desse ambiente laborativo após o fim da pandemia. Apenas para citar um exemplo, no *site* do SindusCon-SP (Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo) se noticiou em 09/10/2020, a matéria intitulada “Teletrabalho veio para ficar depois da pandemia”¹⁰, registrando-se que:

O teletrabalho veio para ficar e o ideal é que permaneça em muitas corporações, mesclando-se com jornadas de trabalho presencial mediante a adoção dos protocolos necessários de segurança e saúde. Este foi um dos consensos do painel sobre o tema, no 8º Congresso Jurídico da Construção.

Como se pode observar, desta e de inúmeras outras matérias que despontaram atualmente sobre o teletrabalho, esta é uma realidade que veio para ficar. O mundo laborativo ganha contornos nunca antes percebidos e nunca mais será o mesmo. Os benefícios do teletrabalho foram percebidos e reafirmados pelo empresariado, notadamente ligados à redução dos custos, amoldando-se como uma luva aos propósitos capitalistas de geração de mais lucros, subvertendo, contudo, a lógica do

10 MARKO, Rafael. Teletrabalho veio para ficar depois da pandemia. SindusCon-SP, 09 out. 2020. Disponível em: <https://sindusconsp.com.br/teletrabalho-veio-para-ficar-depois-da-pandemia/>. Acesso em 01 nov. 2020.

Direito do Trabalho. A missão que exsurge, nesse contexto, é de rechaçar a malfadada visão que enxergava o homem como mera mercadoria, tão combatida na Declaração de Filadélfia de 1944, o que perpassa pelas respostas ao importante questionamento acerca da compatibilidade dessa nova modalidade com a exigência constitucional de garantia de um meio ambiente laboral equilibrado, o que será objeto de análise a seguir.

3) COMPATIBILIDADE DO MEIO AMBIENTE LABORAL EQUILIBRADO COM O TELETRABALHO

Antes de refletirmos sobre esta compatibilidade, faz-se necessário assentar, em apertada síntese, algumas das principais bases constitucionais, infraconstitucionais e internacionais que amparam o dever do empregador de manter o meio ambiente laboral sadio, hígido e equilibrado.

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. É esta a inteligência do art. 225, “caput” da Carta Maior, devendo ser incluído o meio ambiente laboral como uma das facetas desse ambiente ecologicamente equilibrado. A proteção a nível infraconstitucional, no âmbito trabalhista, ganha destaque na CLT, que dedica um capítulo específico para tratar da segurança e medicina do trabalho. Afora isso, o meio ambiente laborativo é objeto de proteção internacional através de inúmeras normas internacionais que visam protegê-lo, ganhando destaque a Convenção n. 155 da OIT — Organização Internacional do Trabalho —, intitulada Segurança e Saúde dos Trabalhadores, aprovada pela Conferência Internacional de Genebra em 1981 e ratificada pelo Brasil em 1992.

Feitas tais rápidas considerações sobre a legislação protetiva do meio ambiente laboral, longe de pretender esgotar o tema, já que inúmeras outras normas protetivas cuidam da mesma matéria, ratificando a sua relevância, retomemos o nosso questionamento acerca da compatibilidade dessa proteção do meio ambiente laborativo com o teletrabalho, tecendo algumas considerações.

O alargamento do teletrabalho com a pandemia do COVID-19 veio acompanhado de certa ausência de preparação prévia e planejada desse novo ambiente laborativo. E isso merece destaque. A necessidade premente de adoção do *home office* (umas das modalidades mais conhecidas do teletrabalho) transformou, de forma repentina, os lares em escritórios, sem que fosse realizado um estudo prévio acerca da possibilidade de realização dos misteres antes desenvolvidos na modalidade presencial. Falta de uma estrutura tecnológica adequada (equipamentos, mobiliários, computadores, *internet* satisfatória etc.), de um espaço específico e apropriado (delimitação espacial, acústica, ausência de ruídos e de pessoas em circulação etc), de preservação da intimidade e privacidade do trabalhador, de limitação do tempo de labor, dentre outros, são alguns dos inconvenientes apontados durante essa experiência do teletrabalho nos dias hodiernos.

Não foi incomum nesse contexto de pandemia do COVID-19 a circulação de vídeos, mensagens de *WhatsApp* e até *memes* que revelam a grande quantidade de trabalhadores que não possuem em sua residência um espaço reservado para a realização de suas atividades laborais, realizando-as em qualquer parte da casa, de qualquer modo e sob condições desfavoráveis. Foi revelada ainda a situação de trabalhadores que compartilham com os integrantes da família um único computador, havendo notícias até mesmo de ter que realizar as atividades profissionais em horários noturnos, invadindo a madrugada,

exatamente para deixar que o uso de tais equipamentos fosse feito pelos filhos durante o dia, para atendimento das demandas escolares. Revelou-se também a situação daqueles trabalhadores que não dispõem de um tempo específico para a realização das tarefas profissionais, haja vista a intensa e inovadora rotina de acompanhamento de teleaulas dos filhos menores combinada com os afazeres domésticos. Não se pode olvidar ainda da situação daqueles laboristas que tiveram o seu tempo de lazer e de convívio com a família e amigos integralmente invadido, haja vista a falta de uma limitação de jornada, sendo excessivo o número de ligações e de mensagens recebidas durante o dia, bem assim de tarefas para cumprimento.

Não se quer, com isso, sustentar a ideia de que o teletrabalho seja incompatível com um meio ambiente laboral equilibrado, nos moldes exigidos pelas normas de proteção à saúde e segurança do trabalho dispostas no ordenamento jurídico pátrio e internacional. Ao revés, se quer reforçar que, não obstante as lacunas deixadas pelo legislador infraconstitucional reformista para a regulação do teletrabalho, é dever do empregador proporcionar um meio ambiente laborativo indene de riscos físicos, biológicos, ergonômicos e, por que não dizer, psicológicos, e que, efetivamente, seja equilibrado e favorável à sadia qualidade de vida do trabalhador.

Defende-se neste trabalho, de forma contundente, que a previsão do art. 75-E da CLT, supracitado, quando dispõe que “O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”, não se revela como um salvo conduto para que, dadas as referidas instruções, sejam transferidos ao empregado, tal como previsto no parágrafo único de tal dispositivo com a sinalização de assinatura de um termo de responsabilidade pelo empregado, os riscos das atividades desenvolvidas, porque estes devem ser assumidos sempre pelo

empregador, que auferes os lucros do empreendimento. Tal dispositivo não autoriza que o empregador se exima de uma possível responsabilidade advinda de doenças e acidentes que porventura possam vir a ocorrer.

Neste sentido, apontam Gilberto Stürmer e Denise Fincato que:

No entanto, este dever de orientação para a higiene, saúde e segurança do/no trabalho, não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. Ao revés, a instrução a que alude o dispositivo deve ser entendida de forma mais abrangente e protetiva da relação, gerando garantias ao empregado e ao empregador. Assim, instruir deve ser compreendido como um conceito dinâmico e constante, de conteúdo mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí concluir-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção no ambiente laboral, assim como deva se precaver de acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido em uma gama ampla de documentos, tais como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional – PCMSO, entre outros¹¹.

Continua incólume, à luz do art. 927, “caput” e parágrafo único do Código Civil¹² e do princípio da alteridade, o dever do empregador de preparação do ambiente laborativo hígido e seguro, de fiscalização do labor desenvolvido, de oferecimento

11 FINCATO, Denise; STÜRMER, Gilberto. Teletrabalho em tempos de calamidade por COVID19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 352.

12 BRASIL. Código Civil. Art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 25 out. 2020.

de cursos e de favorecimento de eventos relacionados à prevenção de doenças (por exemplo, ginástica laboral), e de adoção de toda e qualquer medida que vise evitar os riscos ambientais (físicos, químicos e biológicos), principalmente ergonômicos; bem assim, e no mesmo grau de importância, dos sérios riscos psicológicos, que podem despontar com o teletrabalho. E, neste viés, ressaltem-se as doenças psicológicas advindas da supressão do direito à desconexão do empregado, tema que será melhor abordado no capítulo seguinte.

4) O DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO

Como já se delineou em linhas transatas, o legislador reformista incluiu, dentre as hipóteses de exclusão do capítulo da duração da jornada, os trabalhadores em teletrabalho.

Os efeitos nefastos de tal exclusão não podem passar despercebidos. As regras de duração do trabalho guardam íntima conexão com as normas de medicina e segurança do trabalho e, nos dizeres de Vólia Bomfim¹³, envolvem os períodos de labor, os de descanso e as condições de trabalho, tratando-se de normas imperativas que estabelecem direitos de ordem pública, impedindo que as partes renunciem, transacionem ou disponham das benesses concedidas pela lei ao empregado.

A autora ainda destaca a importância da limitação do tempo de duração do trabalho, elencando os fundamentos sociológicos, no sentido de que o excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental; os fundamentos econômicos, no sentido de que um trabalhador cansado, estressado e sem diversão produz menos; e os fundamentos sociais, ressaíndo estes últimos em significância para a reflexão que ora se faz. Isso porque, tal como registra Vólia Bomfim, o trabalhador que executa seus serviços em

¹³ BOMFIM, Vólia. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 601.

extensas jornadas tem pouco tempo para a família e os amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador.

Destarte, impende pontuar que o trabalhador que se encontra submetido a jornadas extensivas acaba por ter sufragado o seu direito à desconexão, que consiste em se desligar, não apenas fisicamente, mas, sobretudo, mentalmente, das obrigações profissionais que o trabalho lhe impõe, visando, dessa forma, usufruir de outros âmbitos da vida (família, amigos, lazer, esporte, religião, dentre outros). Ou seja, além dos períodos de descanso propiciarem uma recomposição das energias, preservando a saúde do trabalhador, visam ainda o fortalecimento dos laços com a família, com amigos e com as outras pessoas com quem nos relacionamos socialmente.

O direito à desconexão, expressão que se notabilizou com Jorge Luiz Souto Maior, situa-se, nos dizeres deste autor, no próprio fato de fazer um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.¹⁴

O tema ganha relevância no cenário atual, havendo, inclusive, um Projeto de Lei, o de n. 4044, de 2020, em tramitação no Senado Federal, que, malgrado não se trate de uma lei específica sobre o teletrabalho, visa alterar e acrescentar alguns artigos à Consolidação das Leis Trabalhistas com o intuito de dispor sobre o direito à desconexão do trabalho, disciplinando regras da jornada de trabalho, períodos de descanso e férias.

Convém ressaltar que o direito à desconexão está imbricado com a realização de um trabalho digno. Isso porque este,

14 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do TRT da 15ª Região, Campinas, n. 23, set/2003. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30/10/2020.

visando o resguardo da integridade física e moral do trabalhador, é totalmente incompatível com qualquer tipo de aprisionamento, seja físico, seja mental.

Neste sentido, desponta em significância o fato de que não se pode conceber, num estado democrático de direito, a realização de qualquer trabalho sem a preservação de condições dignas. Gabriela Delgado, chamando atenção para tal fato, assenta a ideia de que o trabalho, para que não viole o homem enquanto fim em si mesmo, deve ser prestado em condições dignas. E, para tal, defende a estrita observância dos direitos fundamentais indisponíveis, exemplificando o respeito à integridade física e moral do trabalhador. Acrescenta a autora que onde o direito do trabalho não for minimamente assegurado não sobrevive a dignidade humana.¹⁵ E tal integridade do trabalhador, em seu sentido completo, perpassa pelo direito deste de usufruir seus tempos livres da forma que lhe aprouver, ou seja, de desconectar-se do ambiente laborativo para bem gozar a sua *vida de relações* e concretizar os seus *projetos de vida*.¹⁶

Nos dizeres de Guilherme Feliciano¹⁷, em perspectiva estritamente normativa, o direito à desconexão laboral não se restringe a uma mera liberdade negativa — a de não ser instado a trabalhar por mais que oito horas por dia —, contemplando também um direito fundamental de conteúdo positivo, sendo obrigação do empregador assegurar aos seus empregados tal direito, a bem da preservação de sua integridade física e psí-

15 DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 182.

16 O comprometimento da vida de relações e dos projetos de vida de um trabalhador, ocasionado pelo labor excessivo, gera-lhe dano existencial. Embora a matéria esteja longe de uma pacificação, neste sentido já vem caminhando o TST ao impor o dever de reparação desse dano. Consultar o RR - 10549-59.2015.5.15.0080, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/03/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017.

17 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teletrabalho, horas extras e desconexão: tudo, menos uma escolha de Sofia. ESTADÃO, 22 out. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/teletrabalho-horas-extras-e-desconexao-tudo-menos-uma-escolha-de-sofia/>. Acesso em: 31 out. 2020.

quica; além de ser dever dos poderes constituídos promoverem políticas públicas que garantam e fomentem a fruição ótima desse direito.

Ao se excluïrem os trabalhadores em regime de teletrabalho do capítulo que trata da duração do trabalho, exsurge uma evidente e justificável preocupação com um possível retorno a um regime de escravidão que durou mais de trezentos longos e dolorosos anos. Registre-se, todavia, que não mais se tratam de trabalhadores fisicamente acorrentados e amedrontados pelos castigos corporais que suportavam de forma perversa e cruel, deitados lado a lado nos porões; mas de trabalhadores aprisionados aos interesses dos detentores do capital, amedrontados pelo desemprego que os assombra, além de isolados do convívio diário sadio com os demais colegas.

Sobre este aspecto, Ricardo Antunes afirma que, no trabalho on-line, se vivencia o desmoronamento da separação entre o tempo de vida *no* trabalho e *fora* dele, florescendo nova modalidade laborativa “... que combina mundo digital com sujeição completa ao ideário e à pragmática das corporações”, despontando como resultado mais grave uma nova *era* de *escravidão digital*.¹⁸

Sobre este aspecto, Deborah Dias Silva defende que os avanços tecnológicos não podem aprisionar o trabalhador, de modo a que este se veja impossibilitado de se desconectar completamente do ambiente laboral. Registra que as novas tecnologias (*smartphones*, *notebooks*, celulares e *tablets*) podem viabilizar a conexão desse trabalhador à empresa a qualquer hora e em qualquer lugar e que a exigência de conexão permanente pelo empregador, ainda que à distância por meios tecnológicos, importa em violação à desconexão do

18 ANTUNES, Ricardo. O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 39; grifos do autor.

trabalho, gerando danos ao convívio familiar, à sua saúde, à sua intimidade, à sua vida privada¹⁹.

A desproteção da legislação brasileira quanto à ausência de garantia do direito à desconexão é apresentada sob duas facetas: a primeira, quando se revela silente no tocante à previsão de qualquer dispositivo que assegure ao trabalhador em teletrabalho o direito à desconexão; e a segunda, ainda mais gritante, quando o inclui dentre o rol de trabalhadores excluídos do capítulo celetista que trata da duração da jornada. Trata-se de uma dupla desproteção incabível, o que representa visível e inaceitável retrocesso social.

Trazendo novamente a legislação argentina já mencionada (Lei n. 27.555/20), que caminhou em outra direção, digna de nota é a previsão do art. 5º²⁰, em que está expressamente previsto o direito à desconexão digital, de modo que a pessoa que trabalha nesta modalidade tem direito a não ser conectada e a desconectar-se dos dispositivos digitais e/ou tecnológicos, fora de sua jornada e durante os seus períodos de licença, sem sofrer qualquer penalidade por exercer tal direito.

Fazendo uma merecida e elucidativa crítica, compara Oscar Krost²¹ a legislação brasileira com a argentina, deixando assentada a sua posição, da qual partilhamos, de que a CLT, ao excluir o teletrabalhador do campo de incidência de seu capítulo

19 SILVA, Deborah Aparecida Pinheiro Dias. O direito à desconexão do trabalho: um direito fundamental do trabalhador. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al.(coords). Direito Material e Processual do Trabalho: V Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 173.

20 "Artículo 5º- Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho.

El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral".

21 KROST, Oscar. Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe. Direito do Trabalho crítico. Disponível em: <https://direitodotrabalhocritico.wordpress.com/2020/08/28/teletrabalho-na-argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>. Acesso em: 1 nov. 2020.

sobre a duração do trabalho, incorreu em flagrante e injustificada afronta ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, à luz do quanto previsto no art. 7º, “caput”, da Constituição Federal.

No mesmo sentido caminhou a legislação francesa, ao preceituar como direito do trabalhador o direito à desconexão, tornando obrigatório o estabelecimento, pela empresa, de dispositivos ou mecanismos para regularem o uso de ferramentas digitais, com o objetivo de assegurarem o cumprimento dos períodos de descanso, bem como o respeito à vida pessoal e familiar.

Comentando a legislação francesa, Rafael Harff obtempera que, embora a lei não preveja mecanismos concretos para assegurar que o uso dos dispositivos digitais não interrompa o gozo dos períodos de descanso, relega aos acordos coletivos o estabelecimento das formas de exercício do Direito à Desconexão, de modo que “as categorias podem determinar as modalidades de desconexão que mais se adaptem a suas realidades”.²²

Assim, defende-se neste artigo que, malgrado estejam os trabalhadores brasileiros em teletrabalho excluídos da duração da jornada, não se pode entender tal circunstância como amparo para a legitimação e guarida ao exercício de labor extenuante, degradante e nocivo à saúde do trabalhador. O Enunciado 17 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho já revelava essa preocupação com a observância da limitação da jornada de trabalho e dos intervalos, preceituando:

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, *confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da*

22 KARFF, Rafael Neves, *ibidem*.

jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT. (destaquei)

Nada obstante a exclusão do teletrabalhador do capítulo da duração da jornada, é possível uma interpretação do art. 62, III, da CLT a partir da análise da impossibilidade de uma efetiva fiscalização de tal jornada, tal como interpreta a jurisprudência pátria os incisos anteriores deste mesmo dispositivo: I - que trata dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho; e II - que trata dos 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.

Neste mesmo sentido é o pensamento de Marcelo Rodrigues Prata e Eduardo Pragmácio Filho²³, que vaticinam:

Diz-se em princípio que a melhor interpretação do inciso III do artigo 62 da CLT deve seguir a mesma linha dos outros dois incisos anteriores, ou seja, o que retira o teletrabalhador do regime de limitação da duração de trabalho é a ausência de controle efetivo da jornada. O fato de a redação literal do inciso III do art. 62 da CLT não mencionar, como acontece com o inciso I, a “incompatibilidade da fixação de horário de trabalho” ou algo parecido, não exclui a análise do intérprete da *ratio* da norma, que é, repita-se, a impossibilidade do exercício do poder diretivo empresarial de controle e fiscalização.

Esclareça-se ainda, porque de suma importância, que a limitação da jornada de trabalho que ora se defende não tem o propósito restrito de monetização das horas de sobrejornada, embora de logo se deixa registrado que não faz qualquer sentido assegurar-se tal direito apenas aos trabalhadores que

23 PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo; PRATA, Marcelo Rodrigue. Incidência do art. 62 da CLT em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 334.

laboram presencialmente, sendo uma distinção odiosa suprimir tal direito dos trabalhadores em regime de teletrabalho. A limitação em debate tem o intuito maior de que a jornada e os intervalos sejam, de fato, devidamente observados, a fim de que se preserve o direito à desconexão. Este direito deve imperar sempre em face da realização das horas extras.

Sobre este aspecto, Guilherme Guimarães Feliciano²⁴ traz preciosas lições sobre a escolha a ser feita entre a referida “ordinarização” das horas extras e a desconexão razoável:

Quando, ao revés, tratamos da “escolha” entre a desconexão razoável, por um lado, ou, por outro, a monetização das conexões intermináveis, por outro (i.e., a referida “ordinarização” das horas extraordinárias), não há maiores perplexidades para a escolha, seja no plano ético, seja mesmo no plano normativo (desde que bem orientado): impende prevalecer a integridade psicofisiológica da pessoa humana – e, logo, a sua dignidade –, mesmo contra a sua própria vontade eventualmente declarada (porque a colonização capitalista “normaliza” a reificação totalizante: o próprio indivíduo percebe-se como mercadoria e “vende-se” cada vez mais profundamente, se não lhe forem antepostas mínimas peias jurídicas). Esse, é claro, é um raciocínio por limites (que admitirá matizações e proporções, a depender das concretas circunstâncias de cada caso); mas, no limite, deve prevalecer a integridade da pessoa, não a sua autoimolação pelo ganho econômico.

Maurício Godinho destaca que, em suas novas regras sobre o teletrabalho, a CLT não enfrentou temas candentes como às limitações à tendência de exacerbação da disponibilidade obreira às demandas do trabalho no ambiente virtual e o denominado “direito à desconexão”, temas de relevada importância

24 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teletrabalho, horas extras e desconexão: tudo, menos uma escolha de Sofia. ESTADÃO, 22 out. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/teletrabalho-horas-extras-e-desconexao-tudo-menos-uma-escolha-de-sofia/>. Acesso em: 31 out. 2020.

nesse novo regime laborativo, pelo que se abre significativo espaço à interpretação e à integração nesse novo segmento jurídico laborativo.²⁵

Reafirma-se, pois, no presente trabalho o entendimento de que seja feita uma leitura combinada dos tímidos e insuficientes dispositivos celetistas com o arcabouço de normas protetivas da saúde e segurança do trabalhador extraídas do Texto Constitucional e da legislação internacional, visando, assim, que seja respeitada a jornada prevista constitucionalmente, além dos intervalos que preservem a saúde e a qualidade de vida do trabalhador. A preservação do meio ambiente indene, sadio, hígido e equilibrado é uma exigência de matiz constitucional, sem falar na proteção albergada em convenções e tratados internacionais. É dever do empregador envidar todos os esforços possíveis na busca desse objetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a presente reflexão com o pensamento de Jorge Luiz Souto Maior que, em seu artigo já citado, registra que o novo mundo do trabalho contraditório traz para o jurista o desafio de encontrar respostas que se destinam, também, à preservação da saúde da sociedade, de modo que o direito a se desconectar do trabalho não é um direito individual do trabalhador, mas da sociedade e da própria família.

Defende-se neste trabalho, de forma veemente, que, em que o pese o vazio legislativo acerca do teletrabalho, ante a ausência de um disciplinamento minudente acerca de questões tão importantes relacionadas à fiscalização das condições desse labor e, conseqüentemente, da preservação da saúde e segurança do trabalhador, deve-se cotejar os tímidos e insuficientes dispositivos celetistas com o arcabouço de normas protetivas da

25 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1070.

saúde e segurança do trabalhador extraídas do Texto Constitucional e da legislação internacional.

Defende-se ainda que, malgrado o legislador tenha excluído o teletrabalhador do capítulo da CLT que versa sobre a duração da jornada, exclusão injustificada e que, inclusive, afronta o princípio constitucional da igualdade, já que o desfavorece, sem qualquer justificativa, quando o comparamos com o trabalhador que realiza o labor presencial, não se desnatura o dever do empregador de manter um meio ambiente indene, sadio, hígido e equilibrado. Repita-se, este é um comando extraído das normas constitucionais e internacionais sobre matéria de saúde e segurança do trabalhador. De mais a mais, tal proteção se alinha com o fundamento da República de preservação da dignidade da pessoa humana, que perpassa por garantir um trabalho digno, sendo este possível apenas quando o indivíduo é visto como ser humano, e não como mercadoria. De mais a mais, a exclusão prevista no art. 62, III, da CLT não se amolda à situação em que verificada, à luz do caso concreto, que havia a efetiva fiscalização da jornada.

Frise-se que o ser humano, visto na sua integralidade, não se realiza quando apenas um âmbito da sua vida é contemplado, ou seja, quando todo o seu tempo é dedicado às atividades profissionais, sendo o direito à desconexão de profunda significância para a sadia qualidade de vida e para a realização dos demais âmbitos de vida do indivíduo, seja no labor presencial, seja no telepresencial. Finaliza-se, assim, a presente reflexão retomando a canção com a qual a iniciamos: “A gente não quer só comida; a gente quer comida, diversão e arte”.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10/10/2020.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 601.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teletrabalho, horas extras e desconexão: tudo, menos uma 'escolha de Sofia'. Site eletrônico **ESTADÃO**, 22 de out. de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/teletrabalho-horas-extras-e-desconexao-tudo-menos-uma-escolha-de-sofia/>. Acesso em: 31 out. 2020.

FINCATO, Denise; STÜRMER, Gilberto. **Teletrabalho em tempos de calamidade por COVID19: impacto das medidas trabalhistas de urgência**. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 341/363.

MARTINEZ, Luciano Martinez. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação**. 238 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo; PRATA, Marcelo Rodrigue. **Incidência do art. 62 da CLT em tempos de coronavírus**. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 325-339.

OLIVEIRA, José Arnaldo de. **O teletrabalho e as novas tecnologias na relação laboral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

KARFF, Rafael Neves. **Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, n. 205, Julho de 2017, p. 53-74. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110510/2017_harff_rafael_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 04 nov. 2020.

KROST, Oscar. **Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe**. Disponível em: <https://direitodotrabalhocritico.wordpress.com/2020/08/28/teletrabalho-na-argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>. Acesso em: 1º out. 2020.

SILVA, Deborah Aparecida Pinheiro Dias. **O direito à desconexão do trabalho: um direito fundamental do trabalhador**. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al.(coords). Direito Material e Processual do Trabalho: V Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017, p. 172-179.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. Revista do TRT da 15ª Região, Campinas, n. 23, de set. de 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 out. 2020.

Uma urgente releitura do art. 651 da clt em face do teletrabalho

Andréa Presas¹
Flávya Wanessa Abreu Marques²

1 Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFBA. Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Juíza do Trabalho do TRT5. E-mail: andreapresas@gmail.com

2 Pós-graduada em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA e em Direito e Processo do Trabalho pela Juspodivm. Aluna do Mestrado da UFBA. Assistente de gabinete do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. E-mail: flavvyaabreu@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A competência, como medida de jurisdição, atribuída a um juiz ou tribunal, é conferida por lei, de modo a conceder a cada julgador os limites para julgar um determinado caso concreto.

A competência territorial, no processo do trabalho, está definida no art. 651 da CLT e, ao contrário do que ocorre na seara do processo civil, em que a ação deve ser proposta no foro do domicílio do réu, tal dispositivo celetista determina que a ação deve ser proposta no foro da prestação de serviços, pouco importando que o trabalhador tenha sido contratado em outro local ou até no estrangeiro.

O problema que exsurge, que será melhor desenvolvido nas seções deste artigo adiante, é quando essa regra se distancia da função precípua que norteou a sua elaboração, qual seja, permitir que o empregado maneje a ação no local em que lhe seja mais favorável a produção de provas, que é exatamente o local em que prestou serviços.

Várias são as situações que reclamam um olhar mais condizente com a realidade do empregado, notadamente em se tratando de empregados que, numa aplicação direta e gramatical da lei, terão que suportar altos custos para propor uma ação no local da prestação de serviços, já que retornaram à sua cidade natal, sem lhe ter sido ao menos pagas devidamente as verbas rescisórias a que faziam jus. Alguns foram arregimentados na cidade de seu domicílio para laborar em outras cidades, sempre em busca do sonhado emprego; e, posteriormente, despedidos sem o cumprimento por parte dos empregadores dos direitos trabalhistas básicos.

Fica claro que não há razão para forçar o trabalhador, neste caso e de tantos outros, a demandar a ação no local da prestação laboral, suportando as despesas com deslocamento para outros estados (passagens e hospedagem), quando for incontrovertidamente a parte hipossuficiente da relação laboral. Tal exigência dificulta, quando não inviabiliza, que se busquem os créditos que lhe são devidos.

Pensando nestas situações se pode verificar que já é antiga a reflexão acerca da premente necessidade de flexibilização, reinterpretação e interpretação conforme a Carta Magna do art. 651 da CLT, não se podendo afastar o seu princípio maior, insculpido no art. 5º, XXXV, qual seja, de inafastabilidade da jurisdição ou do livre acesso ao Judiciário.

A discussão ressurgiu, no momento atual, quando se verifica que o teletrabalho ganha campo e significância no estágio atual da nossa sociedade, mormente em se considerando a crise endêmica vivenciada com a COVID-19, fazendo-nos refletir acerca da definição da competência territorial para os contratos que passaram a ser implementados nesta modalidade. A discussão ainda se torna mais acirrada com relação aos contratos firmados, originariamente, nesta modalidade, não sabendo ao certo o empregador qual o local de prestação de serviços por parte do trabalhador.

Neste trabalho, será abordado, no primeiro momento, o disciplinamento legal e doutrinário da competência territorial, na segunda parte, o teletrabalho como nova realidade crescente de labor, e, na sequência, se tratará da articulação entre teletrabalho e competência territorial a partir de seus pontos controvertidos.

2 COMPETÊNCIA TERRITORIAL: DISCIPLINAMENTO LEGAL E DOUTRINÁRIO

As hipóteses previstas na CLT acerca da definição de competência territorial já não dão conta de explicar a variedade de situações que ocorrem na prática.

Nas lições de Rodolfo Pamplona e Tércio Souza, a competência é a medida ou a quantidade de jurisdição, ou melhor, a definição para a própria divisão do trabalho de dizer o direito³. Ainda tratando da classificação da competência, esses mesmos autores aludem a quatro tipos: competência material, competência pessoal, competência territorial e competência funcional⁴.

Restringindo o nosso objeto de estudo no presente artigo, é importante trazer à baila a importância de se delimitar competência territorial, que é uma das modalidades de competência relativa, mormente em se considerando a sua importância na racionalização da distribuição da justiça, não sendo viável que cada um pudesse ajuizar a ação onde bem entendesse.

No art. 651, “caput”, da CLT está prevista a regra geral, em que “A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro”. Como já se delineou em linhas transatas, partiu o legislador da consideração de ser o local da prestação de serviços o mais favorável para reunião de provas necessárias ao deslinde da situação concreta, como bem delinearam os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “Trata-se de opção do legislador fundada na presunção de que no local em que o serviço foi desenvolvido será muito mais fácil ao reclamante ter acesso a provas sobre suas alegações, além

3 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2 ed. Ed. Saraiva, 2020, p. 112.

4 Ibidem, p. 113-114.

do próprio acesso ao Poder Judiciário”.⁵ Em se tratando de trabalhador que prestou serviços em diferentes lugares, a doutrina não é uníssona a respeito da competência, ora defendendo se tratar do último local da prestação de serviço; ora palmilhando o entendimento de se tratar de uma competência concorrente, ou seja, poderia o trabalhador optar por uma das Varas do Trabalho dos locais que melhor atenda a seus interesses e que lhe seja mais facilitada a produção da prova. Alinhado ao propósito maior de que o acesso à justiça esteja garantido, afigura-se mais acertado o segundo entendimento, que propicia maiores possibilidades reais de ingresso com a ação trabalhista por parte do empregado. Isso porque podem ocorrer situações peculiares em que o empregado laborou a maior parte do tempo contratual em um estado, deslocando-se para outro no final do contrato (dois meses antes da despedida, por exemplo), se afigurando bastante danosa para este, em termos de produção das provas, a interpretação de último local da prestação de serviços como única possibilidade para ajuizamento da ação. Não tendo a lei feito qualquer restrição neste sentido, ou seja, não havendo a menção expressa de que se trata do último local de prestação de serviços, melhor seria privilegiar a competência concorrente, até mesmo em se verificando que esse último labor não ocorreu no mesmo local da residência do trabalhador.

Tratando ainda das hipóteses excepcionais ao “caput” do art. 651 das CLT alhures referido, oportuno enfatizar que há aquelas situações em que o empregado é agente ou viajante comercial, em que “a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localidade em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima”, previsão disposta no §1º deste dispositivo.

⁵ Ibidem, p. 209

No §2º do mesmo dispositivo está prevista a hipótese do brasileiro que presta serviços no exterior, tendo ocorrido os dissídios em agência ou filial no estrangeiro, desde que não haja convenção em sentido contrário, em que será estendida a competência da Justiça Trabalhista Brasileira.

Por um grande período, houve a materialização do princípio da “lex loci executionis”, aplicando-se as regras de direito material (direito do trabalho) vigentes no país da prestação de serviços, mas podendo o trabalhador valer-se das regras de competência do direito brasileiro (direito processual). Tal entendimento estava, inclusive, assentado na Súmula n. 207 do C. TST: “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”. Todavia, tal súmula fora cancelada em 16 de abril de 2012, trazendo à baila a discussão acerca da possibilidade de aplicação ao trabalhador contratado no Brasil para prestar serviços no exterior das regras materiais de direito do trabalho brasileiro, ou seja, aquelas que forem mais favoráveis ao trabalhador.

No §3º do art. 651 da CLT, por fim, se prevê a hipótese em que o empregador promove atividades empresariais fora do lugar do contrato de trabalho, ou seja, em se tratando de atividades empresariais itinerantes. Neste caso, há a possibilidade de competência concorrente, facultando ao trabalhador a possibilidade de ajuizamento no local da contratação ou no local da prestação de serviços.

Todas essas normas devem ser atentamente observadas na definição da competência territorial; entretanto, não podem, sendo normas que tencionam garantir o tão prestigiado princípio da proteção, baliza do direito laboral, servir de barreira para efetiva entrega da prestação jurisdicional, de modo que poderão ser flexibilizadas se, à luz da situação concreta, se verificar que a sua leitura e implementação rígida e estanque inviabiliza o trabalhador de buscar a satisfação dos direitos trabalhistas

que lhe são devidos. E tal análise perpassa por uma apreciação acurada das condições do autor e do réu, da origem das verbas perseguidas, do montante dos créditos perseguidos, dos custos de deslocamento do autor para o ingresso no Juízo do local da prestação de serviços; bem assim, e não menos importante, do exercício pelo empregador do seu direito de defesa.

A inviabilização do acesso à justiça de um trabalhador que tem, por exemplo, que receber suas verbas rescisórias por parte de uma empresa que possui atuação em âmbito nacional, exigindo-lhe custos altos com deslocamento (passagem e hospedagem) para o estado da prestação de serviços, lugar, pois, mais longínquo de sua residência, não se compatibiliza com o ordenamento jurídico analisado em seu conjunto, notadamente com os princípios de acesso à justiça, de valorização da força de trabalho e de justiça, analisados em cotejo com o princípio da ampla defesa e do contraditório, que, numa situação como esta, não restaram comprometidos.

Neste sentido, o C. TST, em se tratando de empresa em âmbito nacional, já flexibilizou as regras estanques de competência territorial, dando uma interpretação ampliativa do art. 651, “caput” e §3º do Texto Celetista. Tal situação fora firmada no Informativo n. 198 do TST:

Informativo n. 198 – Competência territorial. Domicílio do reclamante. Possibilidade. Desnecessidade de coincidir como local da prestação de serviços ou como da contratação ou arregimentação. Empresa de atuação nacional. Aplicação ampliativa do art. 651, caput e §3º, da CLT.

É possível reconhecer a competência territorial do foro do domicílio do reclamante quando a empresa contratante tiver atuação em âmbito nacional, não havendo necessidade de coincidir o domicílio do empregado como local da prestação de serviço ou como da contratação ou arregimentação. Trata-se de interpretação ampliativa dos critérios objetivos

do art. 651, caput, e §3º, da CLT, de modo a garantir o acesso amplo à Justiça sempre juízo do direito de defesa. No caso, restou consignado que a contratação do reclamante pela Petrobras, empresa notoriamente de atuação nacional, se deu em Salvador/BA, com prestação de serviços no Estado da Bahia e em Macaé/RJ, mas a ação foi ajuizada no domicílio do empregado, em Aracaju/SE, onde também se localiza uma das sedes da empresa reclamada. Sob esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento. Vencidos os Ministros Márcio Eurico Vitral Amaro, relator, Walmir Oliveira da Costa e Alexandre Luiz Ramos. TST-E-ED-RR-278-87.2015.5.20.0003, SBDI-I, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, red. p/ acórdão Min. Breno Medeiros, 6.6.2019 (Cf. Informativos TST n.ºs 146, 156)⁶.

Antes da decisão do C. TST, alguns Tribunais Regionais do Trabalho já vinham trilhando esse caminho de flexibilização da regra do art. 651, quando a situação fática revelada no caso concreto deixava clara a ausência de prejuízo ao direito de defesa. Nesse sentido, vide, por exemplo, o precedente referente ao processo n. 01356.2008.062.19.00-9, em que o TRT19 reconheceu a competência da Vara de São Miguel dos Campos- AL, ao fundamento de que o reclamante, trabalhador rural, não teria condições de se deslocar ao Estado de Goiás para reaver seus créditos, ao passo que a reclamada era uma indústria de grande porte, tendo condições financeiras de acompanhar a ação sem comprometimento das suas finanças.

No mesmo sentido de se privilegiar o acesso à justiça, notadamente daqueles que se encontram em situação de maior fragilidade e/ou vulnerabilidade, como as crianças, os adolescentes, os idosos, o trabalhador com deficiência, o índio

6 Informativo TST n. 198. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/157470/2019_informativo_tst_cjur_n0198.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 out. 2020.

em vias de integração (isolado), o trabalhador arregimentado de um local a outro do território e a mulher em situação de violência doméstica e familiar), os Enunciados 8, 9 e 172 do Fórum Nacional de Processo do Trabalho, malgrado o seu caráter apenas persuasivo, flexibilizam a regra de competência material celetista, permitindo a propositura da ação, excepcionalmente, no foro do local de domicílio deles, como se observa a seguir:

ENUNCIADO N. 8. ART. 651, CLT E ART. 147, ECRriad. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO MOVIDA POR CRIANÇA E ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL CONCORRENTE. LOCAL DO DOMICÍLIO DOS RECLAMANTES OU LOCAIS DA PRESTAÇÃO DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL ESPECÍFICA NA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DISPOSTO NO ART. 147, I, DO ECRriad 1. Na hipótese de julgamento de dissídio individual movido por criança e adolescente, admite-se excepcionalmente a fixação da competência territorial pelo foro do local do domicílio dos reclamantes ou do local de trabalho. 2. Aplicação analógica do disposto no art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Ecriad), diante da ausência de disciplina legal específica na CLT.

ENUNCIADO N. 9. ART. 651, CLT E ART. 53, III, “E”, NCPC C/C ART. 2º DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO). AÇÃO MOVIDA POR IDOSO. PRETENSÃO DEDUZIDA EM NOME PRÓPRIO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL CONCORRENTE. LOCAL DO DOMICÍLIO DO RECLAMANTE OU LOCAL DA PRESTAÇÃO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL ESPECÍFICA NA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) C/C ART. 53, III, “E”, DO NCPC. 1. Na hipótese de julgamento de dissídio individual movido por idoso, admite-se excepcionalmente a fixação da competência territorial pelo foro do local do domicílio do reclamante. 2. Aplicação analógica do disposto no art. 53, III, “e”, do NCPC c/c art. 2º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), diante da ausência de disciplina legal específica na CLT. Aplicação do art. 651, CLT e art. 53, III, “e”, NCPC c/c art. 2º da Lei 10.741/2003.

ENUNCIADO N. 172. Na hipótese de julgamento de dissídio individual no qual figure como parte empregados hipervulneráveis (idosos, crianças e adolescentes, submetidos a condições análogas à de escravo, trabalhador com deficiência, índio em vias de integração e o não integrado (isolado), trabalhador arregimentado de um local a outro do território, mulher em situação de violência doméstica e familiar), admite-se, excepcionalmente, a fixação da competência territorial pelo foro do local do domicílio deles (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Uma primeira conclusão que emana do exame de tais julgados reside na preocupação em equilibrar os princípios do acesso à Justiça, de um lado, e da ampla defesa, de outro.

3 TELETRABALHO: UMA NOVA E CRESCENTE REALIDADE NO DIREITO LABORAL

Na atualidade, com a modernização do direito do trabalho e com as crescentes e aceleradas inovações tecnológicas, não são incomuns as modalidades de labor em domicílio ou teletrabalho, em que as atividades são realizadas na residência do empregado ou em qualquer outro lugar em que este se encontre, não deixando de se reconhecer os pressupostos fáticos-jurídicos da relação de emprego. Presentes tais pressupostos, a própria legislação cuidou de atribuir tratamento igual ao trabalho assim desenvolvido (no domicílio do empregado ou à distância) àquele tradicionalmente realizado no estabelecimento do empregador. O art. 6º do Texto Celetista, com a redação dada pela Lei n. 12.551 de 2011 assim dispõe: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.

O legislador cuidou ainda de deixar assentado no mesmo artigo, no seu parágrafo único, que o requisito da subordinação

jurídica estaria presente e caracterizado em tais situações de labor em domicílio ou à distância, através da fiscalização realizada por meio dos meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão. Vejamos o seu teor: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. Houve, segundo Maurício Godinho, a incorporação implícita de conceitos de *subordinação objetiva* e de *subordinação estrutural*, equiparando-os à clássica subordinação tradicional, delineada por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, já que esta última, dimensão clássica, não é percebida nas relações de trabalho à distância.⁷

Em que pese a MP n. 927 de 2020 não tenha sido convertida em lei, ensejou grandes discussões e debates, já que dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Tamanha a importância do teletrabalho, a referida MP reservou um capítulo específico para disciplinar a matéria: “DO TELETRABALHO”. No art. 4º se flexibilizou a rigidez dos dispositivos da CLT para a adoção da modalidade de trabalho, podendo o empregador, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

Destarte, se observou que várias empresas aderiram ao teletrabalho com base na aludida Medida Provisória, inclusive se posicionando pela manutenção desse ambiente laborativo após o fim da pandemia. No “hotsite” especial para profissionais de Tecnologias da informação e comunicação - TIC`s - se

7 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1069, grifos do autor.

noticiou recentemente, em 06/07/2020, que no Brasil, 60% dos teleatendimentos em “call center” são “home office” e que John Anthony Von Christian, presidente da ABT – Associação Brasileira de Telesserviços - explicou que a mudança agradou funcionários e contratantes e veio para ficar, registrando que:

Tivemos que nos adaptar rapidamente ao home office e concluímos essa missão com êxito. É positivo para as empresas, que diminuem custos de estrutura e transportes, por exemplo, e para os colaboradores que ganham em tempo, antes utilizado para deslocamentos, e qualidade de vida. Apostamos que veio para ficar no setor, mesmo com o fim da pandemia.⁸

“O teletrabalho veio para ficar” foi a expressão utilizada pela presidente do C. Tribunal Superior do Trabalho, Maria Cristina Peduzzi, que repercutiu em vários sites de notícias⁹, durante a sua participação na entrevista do programa Impressões da TV Brasil, que foi transmitida em julho do corrente ano.

Barbosa Júnior vaticina que o teletrabalho, realizado de maneira digital, interconectada e normalmente flexível, está patentemente incluído no universo do novel trabalho 4.0, sendo talvez um dos mais emblemáticos exemplos. E prossegue o autor afirmando que, incentivado pelo advento do agigantamento da globalização, fenômeno que enseja novas formas de terceirização da produção via meios telemáticos, os quais não respeitam as barreiras nacionais de contratação de mão de obra

⁸ No Brasil, 60% dos atendimentos em call center são home office. Convergência Digital, 06 jul. 2020. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site%2Cmobile&inford=54136&sid=46#.XwyLDxJv9xA>. Acesso em 13 jul. 2020.

⁹ “O trabalho remoto veio pra ficar”, diz presidente do TST. UOL, 12 jul. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/12/o-trabalho-remoto-veio-para-ficar-diz-presidente-do-tst.htm>. Acesso em 15 jul. 2020.

e encaminhamento do produto contratado, vive-se, atualmente, o ápice do teletrabalho se comparado com períodos anteriores.¹⁰

Ocorre que a CLT disciplinou apenas alguns temas correlatos ao teletrabalho (previsão em contrato, alteração do regime, responsabilidade com as despesas com a implementação do teletrabalho e saúde e segurança do trabalho), deixando um vazio no tocante a uma série de questões importantes.

Antes de adentrarmos na reflexão acerca da competência territorial, é mister analisarmos o que seria o teletrabalho. E, neste particular, oportuna a definição trazida pelo autor Luciano Martinez:

O teletrabalho é mais do que uma modalidade de trabalho em domicílio. É um conceito de organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento.¹¹

O teletrabalho seria realizado preponderantemente fora das dependências do empregador. E, neste particular, a reforma trabalhista, através da Lei n. 13.467 de 2017, disciplinou de forma expressa a matéria, incluindo o capítulo próprio II-A nominado “DO TELETRABALHO”, tratando de conceituá-lo no art. 75-B nos seguintes termos: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. Para dirimir qualquer dúvida a respeito da preponderância a que alude o referido dispositivo, deixou assentado no parágrafo único deste dispositivo que “O compare-

10 BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis. O teletrabalho e a evolução das relações laborais: aspectos sociais e jurídicos. In: Revista LTr, São Paulo, ano 83, jul.2019, p. 794.

11 MARTINEZ, Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 253.

cimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho”.

De tais definições supra, seja doutrinária, seja legal, já se percebe que, no teletrabalho, a prestação de serviços não se dá no estabelecimento da empresa, sob a fiscalização física do empregador. O labor é desenvolvido, precipuamente, fora das dependências deste, em local diverso do centro de produção, sem que ocorra necessariamente no domicílio do empregado; malgrado a direção, o comando e a supervisão sejam feitos por meios telemáticos e informatizados, como se visualiza com o controle estabelecido através de fiscalização ou mero acompanhamento das atividades por GPS, câmeras de vigilância, WhatsApp, telefone, reuniões por vários aplicativos e plataformas disponíveis (“Google Meet”, “Skype”, “Zoom”, “Jitsi Meet”, por exemplo), dentre outras tecnologias de informação e de comunicação a que alude o já citado art. 75-B da CLT.

O problema que exsurge neste tipo de prestação de serviços é de várias ordens. A primeira é quando o próprio empregador escolhe locais de prestação de serviços em que as leis trabalhistas são menos protetivas e em que os custos da produção são bastante reduzidos, deslocando-se em busca de maiores lucros. Como utiliza das tecnologias de informação e de comunicação para o alcance de seus objetivos, o local da prestação de serviços não ganha relevância, primando-se notadamente pelos resultados almejados. Neste sentido, chamando atenção para o problema surgido sob esse primeiro prisma, vaticina Luciano Martinez:

Por conta da natureza das vias que conectam o teletrabalhador ao cliente do empregador, este pode deslocar sua unidade de prestação de serviços para um local onde as leis trabalhistas sejam menos exigentes ou para um ponto do território global onde o custo da hora de trabalho seja infinitamente mais

barato. Algumas empresas europeias, por exemplo, visando à diminuição de custos, preferem instalar seus call-centers na Índia, na Argélia ou em Marrocos, para que ali, em inglês, francês ou em espanhol, seus clientes sejam atendidos sem que se deem conta de que estão falando com seus empregados lotados em outro país.¹²

Tal situação descreve a nítida figura conhecida como “dumping social”. Um escritório de advocacia, por exemplo, que realize consultorias jurídicas através de advogados em teletrabalho ou os contrate para a realização de parte imprescindível do labor prestado, como no caso de elaboração de peças e realização de audiências virtuais, pode optar pela contratação destes trabalhadores em países em que as leis trabalhistas são mais flexíveis e afrouxadas, com a diminuição e até a retirada de importantes direitos, visando, dessa forma, o aumento dos lucros.

Martinez ainda aponta para outro problema relacionado ao teletrabalho, qual seja, o isolamento do trabalhador que, ao não encontrar trabalhadores submetidos às mesmas condições laborais, tende a evitar o associativismo, enfraquecendo a luta de classes e a atuação sindical.¹³

Analisando-se as condições em que se dá o teletrabalho, exsurge a inquietação de como compatibilizá-lo com as regras de definição da competência territorial propostas pela CLT, o que será melhor desenvolvido adiante.

4 TELETRABALHO: FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Tratando da modernidade líquida, em que o mundo se torna volátil e as novas tecnologias, especialmente a *internet*,

12 MARTINEZ, Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 254.

13 MARTINEZ, Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 254.

propiciam mudanças instantâneas, Maria Cecília afirma que esta finca suas bases num “sistema econômico especulativo, sem amarras, cujas empresas não têm sede, não têm identidade territorial, estão pelo mundo e criam um mundo de possibilidades para os consumidores”.¹⁴

Considerando que no teletrabalho, como alhures definido, o trabalhador não se encontra presente na sede do empregador, passa-se a questionar de que modo será determinada a competência territorial. A regra geral de definição pelo local da prestação de serviços, prevista no “caput” do art. 651 da CLT, já não dá conta de resolver todas as situações apresentadas nesse contexto.

Malgrado a definição da competência territorial não seja tarefa das mais fáceis, objetiva-se refletir possíveis soluções para as inúmeras controvérsias pensadas quando o tema é teletrabalho, sempre à luz da possibilidade de leitura do princípio do acesso à justiça em cotejo com o princípio da ampla defesa, tal como emana da jurisprudência pátria em outras situações já vistas em linhas transatas. Apenas em não sendo permitida a harmonização de ambos os princípios é que se propõe a adoção da ponderação de princípios à luz do caso concreto.

É claro que é possível, mesmo em se tratando de teletrabalho, que coincidam o local da sede da empresa, o local da contratação e o local de domicílio do empregado numa mesma competência territorial. Mas não raro será, entretanto, considerando a flexibilidade que o teletrabalho proporciona, que o empregado seja contratado por uma empresa através de um “e-mail”, de uma videoconferência ou de qualquer outro meio telemático, sem nunca ter visto a sede física da empresa (se é que ela, de fato, existe), sem precisar deslocar-se para um centro de contratação (inexistindo, pois, foro da celebração do contra-

¹⁴ TEODORO, Maria Cecília Máximo. O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p.67 e 69.

to) e sem que o empregador focalize sua atenção no local em que o serviço será prestado (domicílio ou não), interessando-lhe apenas o resultado contratado. Situações como estas transbordam uma aplicação estanque das regras celetistas de definição de competência territorial, clamando por uma interpretação do caso concreto pautada no arcabouço principiológico disposto no ordenamento jurídico.

Questiona-se, em primeiro plano, onde seria, em se tratando de teletrabalho, o local da prestação de serviços. Uma primeira conclusão exsurge, sem maiores problemas, quando se trata de prestação de serviço localizada, em que, não obstante seja em regime de teletrabalho, é perfeitamente identificado como realizado num determinado local. Seria o caso, por exemplo, de um escritório de advocacia que contrata como empregado um advogado para, na modalidade de teletrabalho, elaborar peças jurídicas, realizar a sua juntada no sistema do PJe, utilizar o aplicativo do escritório de advocacia para recebimento de tarefas e controle de prazo, sendo-lhe exigido ainda o comparecimento à sede da empresa uma vez por semana para reunião com a equipe. Repita-se, porque oportuno, que o parágrafo único do art. 75-B deixa expressamente assentada a ideia de que não descaracteriza o regime de teletrabalho o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento. No caso em análise, a identificação do local de prestação dos serviços se faz possível facilmente. O empregador pode, perfeitamente, precisar que aquele trabalhador realiza suas atividades, em regra, no seu domicílio (modalidade de teletrabalho), sendo este o local pontual da prestação de labor. Neste sentido, dúvida não há de que tal situação atrairia a hipótese geral do “caput” do art. 651 da CLT, coincidindo o local da prestação de serviços com o domicílio do empregado.

A questão ganha destaque, gerando questionamentos e suscitando dúvidas, quando o lugar da prestação de serviço não é identificado ou identificável pelo empregador, já que, como já se pontuou alhures, a ênfase é dada apenas no resultado. Pode-se visualizar, exemplificativamente, a hipótese de uma empresa que contrata um trabalhador para atualização do conteúdo do seu “site” de vendas “online”. À contratante não importa o local em que o serviço está sendo prestado, de modo que esse produto, por sua vez, possa ser realizado de qualquer lugar em que o prestador esteja (“mobile telework”), não requerendo equipamentos e maquinários específicos montados em um determinado ambiente de labor. Com o crescente avanço dos meios tecnológicos, a referida atualização contratada pode ser realizada num simples computador, “notebook”, “tablet” ou até mesmo do próprio aparelho celular do contratado. Pode-se chegar ao extremo, mas já possível, de que o oferecimento do serviço contratado, em se tratando de uma atualização simples em determinada situação específica, se dê através de um relógio com acesso à internet. O trabalhador é contratado neste tipo de regime para realizar trabalhos que independem de uma posição fixa para a prestação dos serviços, podendo esta prestação ser desenvolvida em sua residência ou em qualquer outro lugar que este considere oportuno, principalmente, mas não apenas, no que diz respeito aos trabalhadores que desenvolvem labor intelectual. Neste sentido, digno de nota é o quanto observado por Luciano Martinez:

Este fenômeno, aliás, é extremamente perceptível, na medida em que muitos trabalhadores – notadamente os intelectuais – são contratados para, em suas próprias residências (home-based telework), ou no lugar onde desejam estar (mobile telework), atualizar o conteúdo de homepages, prestar consultorias técnicas, consertar remotamente sistemas eletrônicos, oferecer produtos e serviços (telemarketing), pesquisar tendências, aferir graus de satisfação

e até mesmo participar de negociação de venda e compra.¹⁵

São situações como a ora apresentada que exige um olhar mais acurado acerca das regras de competência celetistas, concluindo-se que não se amolda a nenhuma das hipóteses trazidas pelo art. 651 da CLT: não é possível a identificação física do local da prestação de serviços (“caput”); não se trata de agente ou viajante comercial (§1º); não se trata de dissídio ocorrido necessariamente no estrangeiro (§2º); e não se trata de empregador que realiza atividades fora do lugar do contrato de trabalho. O legislador infraconstitucional, ao acompanhar as inovações ocorridas no mundo do trabalho e no modo de realização do labor, destinando um capítulo específico ao teletrabalho, olvidou de disciplinar a regra de competência territorial a ser adotada. E, neste vazio legislativo, resta-nos a reflexão de qual seria o local da prestação de serviços: seria a sede da empresa? O local da contratação? O local em que entregue e concluída a prestação de serviço? O domicílio do empregado?

De logo se refuta, como regra, a ideia de local da prestação de serviços como sendo a sede da empresa sob a equivocada alegação de ser o serviço prestado para esta, já que tal entendimento seria, visivelmente, prejudicial ao trabalhador. Ademais, tal assertiva é incompatível com a própria definição do teletrabalho, trazida acima por Luciano Martinez, como “... organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços **encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador...**” (grifei). Esta situação apenas se compatibilizaria com o princípio de acesso à justiça em se verificando que houve a alteração do regime presencial para o teletrabalho, sendo adotado tal critério para fins de fixação de competência concorrente. Isso porque se presumiria (presunção “iuris tantum”) que, laborando o em-

15 MARTINEZ, Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 253.

pregado, ainda que por um lapso temporal na sede da empresa, não restaria dificultado o seu acesso à justiça em se adotando o critério da competência concorrente como sendo, dentre as possibilidades, a sede da empresa.

No que concerne ao local da celebração do contrato para a definição da competência territorial, esta regra não atenderia à maior parte das situações controvertidas envolvendo o teletrabalho, já que é muito comum no teletrabalho que a contratação se dê também virtualmente, tal como mencionado anteriormente, não sendo possível uma identificação do foro da celebração do contrato.

O local em que entregue e concluída a prestação de serviço também não é de fácil identificação, já que, diferentemente dos trabalhos manuais, em que, em regra, é possível identificar onde foram realizados e concluídos, tal possibilidade é remota em se tratando de trabalhos intelectuais.

Entendemos acertada, portanto, na linha intelectual do que vem decidindo a jurisprudência pátria nas situações abordadas supra ao tratar de trabalhadores em situação de vulnerabilidade, a conclusão de que, no teletrabalho, a competência é definida pelo domicílio do empregado, já que há uma coincidência deste com o local da prestação de serviços. É possível, inclusive, fazer uma alusão ainda, “mutatis mutandis”, ao caso trazido no Informativo n. 198 do TST, que prevê tal competência ainda que o domicílio do empregado não coincida com o local da prestação de serviços ou com o da contratação ou arrematação.

O empregador ou o tomador de serviços, ao optar por contratações de trabalhadores que estejam distanciados da sede física da empresa ou das suas filiais, já tem previamente ciência de que o labor deva se desenvolver fora da sua vigilância pessoal. Deve-se ter em mente que as razões para tal contratação atendem a seus próprios interesses, muitos dos

quais econômicos, beneficiando-se, por certo, de tais escolhas (bônus), quando, por exemplo, contrata trabalhadores localizados em regiões ou países em que os custos trabalhistas são mais reduzidos. Dessa forma, seguindo o princípio tão caro e prestigiado no direito laboral, qual seja, o da alteridade, ainda que não se trate de empresa com âmbito nacional, deve esta arcar com custos (ônus) de uma possível demanda no domicílio do autor, já que tal definição de competência se alinha com o princípio maior de acesso à justiça. Não se tratando o empregador da parte hipossuficiente da relação laboral, em regra, não se pode presumir que o direito de defesa deste reste prejudicado. Amolda-se como uma luva o brocardo “O ordinário se presume e o extraordinário se prova”, de modo que uma eventual e real dificuldade de acesso por parte do empregador deve ser cabalmente comprovada no caso concreto, requerendo do Julgador um olhar acurado e medidas equânimes e justas.

As audiências telepresenciais, através das inúmeras plataformas disponíveis, acompanhando a evolução tecnológica que propiciou o teletrabalho, já são uma realidade nos tribunais trabalhistas, podendo ser uma alternativa viável para tais casos. O art. 236, §3º do Código de Ritos dispõe que “Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”. Há a expressa previsão, inclusive, de que o depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, como vaticina o art. 385, §3º do CPC. A possibilidade se estende à oitiva de testemunhas, meio de prova de relevada importância no processo laboral, tal como previsto no art. 453, §1º deste mesmo diploma processual, segundo o qual a oitiva de testemunha que residir em local diverso daquele onde tramita o processo

“poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento”. Digno de nota ainda é o quanto disciplinado no art. 937, §4º deste mesmo Código que, ao tratar do julgamento dos recursos, já prevê a possibilidade de realização de sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, quando o advogado tiver domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal.

A realização de videoconferência, através de instituição de uma plataforma emergencial, para a realização de audiências e sessões de julgamento, já foi disciplinada pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Portaria n. 61, de 31 de março de 2020, com esteio nas Resoluções nºs 313, de 19 de março de 2020 e 105, de 06 de abril de 2020, deste mesmo Órgão. Malgrado a referida plataforma tenha sido instituída em caráter emergencial para o período de isolamento social exigido pelas regras sanitárias em face da pandemia, como bem pontuado supra pela Presidente do C. TST, “O teletrabalho veio para ficar”, repise-se. Assim, é de todo oportuno e conveniente que, ultrapassado o período pandêmico, tal previsão seja alargada, fazendo parte do “novo normal” a que muitos aludem atualmente. A adoção da videoconferência já se dará, com certeza, com maior segurança e facilidade, já que as experiências vivenciadas e as dificuldades enfrentadas nesses períodos servirão de baliza para os possíveis melhoramentos eventualmente necessários em termos tecnológicos e de preparação profissional dos diversos atores para lidar com esse novo cenário.

O que se conclui, com as inúmeras previsões aludidas, é que a tecnologia está a serviço do princípio da inafastabilidade da jurisdição, favorecendo o acesso à justiça. Por mais esta razão, não se pode presumir que a definição da competência territo-

rial no domicílio do trabalhador, em situações de teletrabalho, comprometerá o direito de defesa do empregador.

Há, entretantes, que se ressaltar que o direito não deve legitimar abusos, já que as relações, notadamente as laborais, devem ser pautadas no princípio da boa-fé e da confiança. Assim, ao se defender aqui que, nas situações de teletrabalho, em que não seja possível a identificação precisa do local específico de prestação de serviços, possa ser a demanda proposta no domicílio do autor, se está a referir ao domicílio constante do contrato firmado entre as partes, virtual ou não, expresso ou tácito, não sendo dado ao empregado mudar-se de domicílio ao seu alvedrio sem uma prévia comunicação ao empregador e, posteriormente, em uma possível demanda, surpreendê-lo com o ingresso numa Vara do Trabalho correspondente a seu novo e desconhecido endereço.

Por fim, mas sem intencionar esgotar o tema da definição de competência no teletrabalho, cumpre-nos refletir a respeito da possibilidade de foro de eleição nesta modalidade de labor. A jurisprudência da Corte Maior Trabalhista se inclina a considerar nula de pleno direito a cláusula de eleição de foro, já que, sendo o empregado a parte hipossuficiente, o empregador tenderia, na celebração do contrato, a escolher o foro que melhor atendesse a seus interesses. A Instrução Normativa n. 39 do C. TST, que disciplinou sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015, malgrado o seu caráter apenas persuasivo, cuidou de, em seu art. 2º, I, dispor que não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, o art. 63 do Código de Ritos, que versa sobre a modificação de competência territorial e eleição de foro.

Manifestamos a nossa discordância com tal entendimento, para estender o mesmo raciocínio já defendido alhures, considerando possível, no caso de teletrabalho, o foro de eleição quando disser respeito ao domicílio do trabalhador, por estar

alinhado com o princípio da proteção (condição mais benéfica) e com o princípio do acesso à justiça, sem inobservar, contudo, o princípio da ampla defesa. Repita-se, porque ponto fulcral do pensamento aqui desenvolvido, o empregador que opta por contratações de trabalhadores que estejam distanciados da sede física da empresa ou das suas filiais, já tem previamente ciência de que o labor deva se desenvolver fora da sua vigilância pessoal, em regra no domicílio do empregado, devendo ser este o foro competente para o ajuizamento das ações trabalhistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a presente reflexão com o trecho da canção de Lulu Santos, quando nos diz que “Nada do que foi será de novo do jeito que já foi um dia”. O chão das fábricas já não é mais, em regra, o local da prestação de serviço, tal como ocorria na Revolução Industrial. O labor é desenvolvido para além dos muros da empresa. O teletrabalho é uma realidade crescente na atualidade e, com ele, despontam vários questionamentos que o legislador infraconstitucional não cuidou de responder. Nesta toada, não passaram despercebidas as dúvidas surgidas em derredor da fixação da competência territorial, já que, malgrado tenham sido observadas inovações legislativas com destinação de capítulo específico sobre o teletrabalho na Consolidação das Leis Trabalhistas e até mesmo na Medida Provisória referida, há um vazio legislativo quanto à definição do foro competente para a propositura da ação trabalhista.

Para tentar apontar soluções possíveis a esse imbróglio é que se partiu da premissa fática de que, em se tratando de teletrabalho, há coincidência do local da prestação de serviços com o domicílio do trabalhador, sendo este último o foro competente. E, para tal, revolveu-se a jurisprudência do C. TST em situações específicas de trabalhador em situação de vulnera-

bilidade que já albergava essa possibilidade, bem assim se enfatizou a importância do balizamento dos princípios do acesso à justiça combinado com o princípio da ampla defesa, sempre ancorada tal conclusão no princípio da proteção. Registre-se que o entendimento fincado no domicílio do trabalhador como critério para a definição de competência territorial não vai de encontro ao princípio da ampla defesa, já que o empregador já tem ciência, no ato da contratação na modalidade de teletrabalho, do domicílio apresentado pelo trabalhador, ainda que não coincida com o local da empresa ou de suas filiais, optando por tal contratação para o melhor atendimento de seus interesses.

Debateu-se também no presente artigo a respeito da importância das audiências telepresenciais, através das inúmeras plataformas disponíveis, fruto da evolução tecnológica, que podem ser uma alternativa muito viável, em termos de acessibilidade e de custos, para a resolução de situações que, à luz do caso concreto, exijam um olhar mais cuidadoso para os princípios constitucionais que se revelam no teletrabalho: princípio da inafastabilidade da jurisdição e princípio da ampla defesa.

Propôs-se ainda, amparado no subprincípio da condição mais benéfica e não obstante o quanto disciplinado na Instrução Normativa n. 39 do C. TST, possa ser adotada a possibilidade de foro de eleição em contratos envolvendo teletrabalho, desde que eleito o foro do domicílio do trabalhador, por não lhe causar qualquer prejuízo.

Em linhas gerais, não se pretende esvaziar o conteúdo dos dispositivos celetistas que firmam regras de competência territorial, mas apenas propor uma releitura do art. 651 da CLT para que, em situações de teletrabalho, a prestação de serviços seja entendida como o local de domicílio do trabalhador previsto contratualmente ou revelado com esteio no princípio da primazia da realidade sobre a forma.

REFERÊNCIAS

BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis. **O teletrabalho e a evolução das relações laborais: aspectos sociais e jurídicos**. In: Revista LTr, São Paulo, ano 83, jul.2019, p. 789-805.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria n. 61, de 31 de março de 2020. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. DJe/CNJ n° 91/2020, em 01/04/2020, p. 2. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22mar. 2020. Edição Extra L, Seção 1 - Extra, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 04 jul. 2020.

DA AGÊNCIA BRASIL. “O trabalho remoto veio para ficar”, diz presidente do TST. Site eletrônico **UOL**, 12 de jul. de 2020. Seção Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/12/o-trabalho-remoto-veio-para-ficar-diz-presidente-do-tst.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

MARTINEZ, Luciano Martinez. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. Ed. Saraiva, 2020.

PRESAS ROCHA, Andréa. **Competência da justiça do trabalho: delineando seus contornos**. Salvador: Publicação Independente, eBook Kindle, 2018, 202p. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1qqUfZIEOuf8Gx6uSIZnsDfDmbuUIxNV4/view>. Acesso em: 15 jul. 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018

OS DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS NA RELAÇÃO DE EMPREGO DE ARTISTAS EM ESPETÁCULOS DE DIVERSÕES

Cyntia Cordeiro Santos¹

¹ Juíza Substituta do Trabalho do TRT DA 5ª Região (BA); Doutoranda em Direito pela UNESA; Mestre em Direito pela UNIFG; Professora do curso de graduação em direito pelo Centro Universitário Maurício de Nassau - UNINASSAU; e-mail: alexcyntia@hotmail.com; Cel.: (77) 98801-1762.

1 INTRODUÇÃO

Numa época em que conceitos, ideias e imagens se tornaram a nova força propulsora da economia e o capital deixou de ser representado por coisas corpóreas para ser substituído pela propriedade intelectual, imprescindível fixar o papel dos criadores, face aos detentores dos meios de produção.

É chamado de direito autoral a proteção jurídica conferida às obras da inteligência da pessoa humana enquanto obras estéticas, sejam elas literárias, culturais, científicas ou artísticas. Referida proteção das obras intelectuais deve ser adequada ao avanço tecnológico dos meios de comunicação e abrange tanto os direitos do autor como os direitos conexos.

Partindo destas premissas, o presente artigo analisa a possibilidade da cessão dos direitos autorais e conexos nas relações de emprego mantidas com os artistas em espetáculos de diversões através do exame da legislação e doutrina relativas ao tema.

2 CONCEITO DE DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS

É considerada obra intelectual toda a criação advinda do espírito humano, sendo a esta conferida especial proteção por lei. O gênero direito autoral engloba duas espécies: i) os direitos do autor, que dizem respeito à proteção dada aos criadores propriamente ditos; ii) os direitos conexos, que são conferidos aos intérpretes ou executantes das obras intelectuais.

De início, verifica-se que o art. 7º, da Lei 9.610/1998, dispõe que são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro,

dentre outras, os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as obras dramáticas e dramático-musicais; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; e as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova.

Deste modo, o referido dispositivo legal protege a todos que elaborem uma obra literária, artística, científica ou de comunicação, sendo que, conforme preceitua Bittar *apud* Barros (2016, p. 414), o “Direito Autoral é conceituado como o ramo do Direito privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais, estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”.

Já os direitos conexos, não compõem por si só uma criação intelectual, mas são “conferidos aos divulgadores da obra intelectual, quais sejam, os artistas, intérpretes, locutores, apresentadores de televisão e produtores de fonogramas” (BULOS, 2007, p. 475). Neste sentido,

O direito conexo é reconhecido a determinados profissionais que auxiliam na criação, produção ou, ainda, na difusão de obra intelectual. São objeto de proteção as interpretações artísticas, musicais e as execuções e, no plano empresarial, as emissões de sons (transmissões e retransmissões), a produção sonora de discos e fitas, realizados por meio da radiodifusão (rádio e televisão) e por produtores de fonograma. (BARROS: 2016, p. 414).

A proteção conferida ao executante ou intérprete constou inicialmente do ordenamento jurídico pátrio por força do art. 3º da Convenção de Roma, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 57.125/1965.

Para entender o início da proteção à propriedade intelectual, necessário fazer um retorno histórico, onde se verifica que mencionada proteção teve início em 1709, na Inglaterra, com a edição do “Statute of Anne”, sendo que, posteriormente, ela ganhou previsão expressa na Convenção de Berlim de 1908 e na Declaração Universal de Direitos Humanos. No direito pátrio, por sua vez, os direitos da propriedade intelectual, gênero cujas espécies são as obras culturais e artísticas (direitos autorais) e as invenções, patentes e marcas (propriedade industrial), foram alçados à condição de direitos fundamentais nos incisos XVII, XVIII e XXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988.²

Desdobrando o conceito, verifica-se que os direitos autorais incluem uma esfera patrimonial e outra moral. Enquanto o conteúdo patrimonial confere ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor da obra intelectual, o aspecto moral, por outro lado, concerne à reivindicação e reconhecimento da autoria, à decisão sobre a circulação ou não da obra, inclusive sobre a sua conservação como obra inédita, à possibilidade de se lhe introduzirem modificações antes ou depois de utilizada e à adoção de medidas necessárias à proteção de sua integridade.

Quanto ao aspecto patrimonial, o inciso XXVII do art. 5º da Constituição de 1988 determina que pertence aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, sendo este transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Nesse sentido, impende ressaltar que “o titular do

2 XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

direito autoral é, a toda evidência, o criador da obra intelectual, seja pessoa natural ou jurídica (inclusive poder público), por se tratar de quem concebeu e materializou a obra, através de seu engenho e criatividade” (FARIAS, 2010, p. 203).

Na legislação pátria³, é conferido aos autores a proteção vitalícia aos direitos patrimoniais decorrentes das suas obras, sendo que eles são transferidos aos seus herdeiros e/ou legatários pelo período de 70 anos, após o que a obra cairá no domínio público. Por óbvio, a obra intelectual cairá em domínio público de imediato após a morte do autor, se ele não deixar sucessores.

Impende ressaltar, ainda, a proteção constitucional conferida às participações individuais em obras coletivas no art. 5º, XXVIII, alínea a, da Carta Magna. Segundo Gilmar Ferreira Mendes,

O constituinte assegurou, no art. 5º, XXVIII, *a*, a proteção, nos termos da lei, às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas.

Ampliou-se, assim, o âmbito de proteção dos direitos para assegurar o direito de participação individual em obras coletivas e a proteção quanto à reprodução da imagem e voz humanas. José Afonso da Silva ressalta que a norma em apreço busca proteger os participantes de obras coletivas, como as novelas e outros programas televisivos, contra a reprodução sem controle e não remunerada.

³ Art. 41 da Lei 9.610/1998: Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo. Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

A norma referida impõe ao legislador, portanto, a criação de sistema que assegure a proteção das situações nela descritas. (MENDES: 2008, p. 429)

Da mesma forma, o art. 5º, XXVIII, alínea b, da CF, deixou aos cuidados da lei a garantia do direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras aos criadores, intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

A doutrina (que, para os fins desejados neste trabalho, será indicada na pessoa de Bezerra Leite) e a jurisprudência reconhecem a existência de princípios ínsitos ao direito do trabalho, sendo que alguns deles têm previsão expressa na Constituição, enquanto outros têm natureza infraconstitucional.

Pode-se citar como base de todas as normas de Direito do Trabalho o princípio da fonte normativa mais favorável ao trabalhador, que tem origem constitucional (sendo previsto no art. 7º, *caput*, combinado com o art. 5º, §2º, da Constituição Federal) e determina que, embora a Constituição indique um catálogo mínimo de direitos fundamentais sociais trabalhistas, é possível a aplicação de outros direitos, previstos em outras fontes normativas, desde que estes propiciem a melhoria das condições econômicas, sociais e jurídicas dos trabalhadores. O referido princípio deve ser utilizado para resolução das antinomias e lacunas do ordenamento jurídico, sendo que, no confronto entre duas normas igualmente aplicáveis, deve prevalecer aquela que trazer mais benefícios ao empregado.

Por sua vez, o princípio da proteção, de natureza infraconstitucional, em virtude da manifesta desigualdade de fato entre as partes do pacto laboral, visa estabelecer uma igualdade jurídica entre empregado e empregador, promovendo a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos

trabalhadores. O mencionado princípio se desdobra em três outros princípios: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição ou cláusula mais benéfica.

O princípio do *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero* determina que, diante de uma única norma que admita mais de uma interpretação, deve ser aplicada aquela que for mais benéfica para o empregado.

Já o princípio da aplicação da norma mais favorável dispõe que, existindo mais de uma norma versando sobre direitos trabalhistas, prevalecerá a que mais favoreça o empregado, independentemente da sua posição no ordenamento jurídico. Assim sendo, tal princípio determina a modificação da hierarquia tradicional das fontes, pois prevalecerá a norma que mais beneficie o trabalhador, ainda que inferior hierarquicamente. Ou seja, referido princípio admite “uma teoria dinâmica da hierarquia entre normas trabalhistas, pois no topo da pirâmide normativa não estará necessariamente a Constituição, e sim a norma mais favorável ao trabalhador” (BEZERRA LEITE, 2015, p. 82).

O princípio da condição ou cláusula mais benéfica, que tem origem nos princípios da segurança jurídica e direito adquirido, determina que, entre as cláusulas estabelecidas pelas partes no curso do vínculo de emprego, deve prevalecer a que for mais benéfica ao trabalhador. Este princípio significa que as cláusulas estabelecidas quando da admissão não podem ser modificadas para piorar a situação do trabalhador no decorrer do vínculo estabelecido entre as partes. Neste sentido, diz expressamente o art. 468 da CLT que: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

O princípio da primazia da realidade determina que a realidade fática prevalece sobre o formalmente avançado na

execução do contrato de trabalho. A origem deste princípio remete à teoria do contrato-realidade surgida a partir da obra de Mario de La Cueva, que foi adaptada ao direito do trabalho no sentido de que a realidade predomina sobre escritos e formas. A esse respeito, dispõe o art. 9º da CLT que são considerados nulos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os direitos trabalhistas.

Por sua vez, o princípio da imperatividade das normas trabalhistas determina que, no direito do trabalho, prevalecem as normas jurídicas obrigatórias em detrimento daquelas de caráter dispositivo. Isto porque as normas trabalhistas são essencialmente imperativas, não podendo ser afastada sua aplicação pela simples manifestação de vontade das partes. Tal norma reveste-se em importante instrumento assecuratório das garantias fundamentais do trabalhador face ao desequilíbrio predominante entre as partes, já que neste princípio “prevalece a restrição à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais” (DELGADO, 2016, p. 204).

Aduza-se que os princípios acima referidos são marcos indicadores da hermenêutica, pelos quais deve se guiar o aplicador da norma jurídica para sua interpretação ou integração quando da análise dos conflitos de interesses que chegam na Justiça do Trabalho. Isso porque, como dito anteriormente, a legislação trabalhista tem como parâmetro a necessidade de atenuar a desigualdade de fato existente entre trabalhador e empregador, mediante o reconhecimento da hipossuficiência do empregado e limitação da autonomia entre as partes.

4 CONTRATO DE TRABALHO DOS ARTISTAS

O desenvolvimento da atividade profissional dos artistas em espetáculos de diversões pode ocorrer mediante prestação de serviços autônomos ou vínculo de emprego.

O conceito de contrato de emprego deriva da própria definição de empregado retirado do disposto no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Desta forma, são requisitos essenciais da relação de emprego a pessoalidade, a onerosidade, a não eventualidade e a subordinação.

Reiteradamente, a doutrina vem tentando catalogar a natureza jurídica do contrato firmado pelos artistas. Em obra dedicada exclusivamente ao tema, Alice Monteiro de Barros afirma que:

Desde o final do século XIX, os artistas procuram uma definição sobre a natureza jurídica de seus contratos, pois, anteriormente, era-lhes conferida a condição de domésticos, em face do liame que os unia aos reis, aos príncipes e ao poder eclesiástico.

A principal dificuldade de se definir a natureza desses contratos reside no fato de que os artistas constituem um grupo heterogêneo, com várias atividades, as quais possuem qualificações específicas. Ademais, a irregularidade e a instabilidade de sua ocupação, aliadas à escassez das informações sobre as condições de trabalho específicas, criam dificuldades na obtenção de dados.

Na doutrina, várias teorias foram propostas para definir a natureza jurídica do contrato do artista, entre elas a do mandato, a do contrato inominado, a do contrato de sociedade, a do trabalho autônomo e a do contrato de emprego, disciplinado pelo Direito do

Trabalho. Este último se verifica desde que o trabalho seja prestado mediante subordinação jurídica, manifestada pela observância a critérios diretivos do empregador consubstanciados na faculdade de determinar a função, o tempo, o modo e o local da prestação de serviços. Nesse caso, o artista submete-se a um sistema disciplinar, colaborando com a atividade empresarial. (BARROS, 2003, p. 43-44).

Dessa forma, o traço delineador na definição da natureza jurídica do contrato firmado com o artista, se de emprego ou de prestação de serviços, será a subordinação. Ocorre que, por sua própria natureza, embora existente, muitas vezes, a subordinação será mitigada nos mencionados contratos de trabalho dos artistas, como bem ressaltou Vólia Bomfim Cassar:

Com a proletarização do trabalho intelectual, algumas atividades foram deslocadas para outros setores. Os trabalhadores intelectuais que até então, laboravam de forma independente (autônomos), passaram à condição de empregados de grandes empreendimentos. Daí, multiplicaram-se os profissionais.

Trabalhadores intelectuais ou profissionais são aqueles empregados que têm especial cultura científica ou artística. Distinguem-se daqueles que exercem serviços manuais ou meramente técnicos por dois motivos: desenvolvem trabalhos intelectuais ou artísticos e porque o grau de dependência e subordinação é mais tênue, pois executam seu trabalho com mais autonomia.

Estes trabalhadores possuem uma subordinação mais sutil e podem atuar com um pouco mais de liberdade na execução de suas atividades. Quando aumenta a intelectualidade dos serviços, também se intensifica a confiança funcional no empregado.

São exemplos destes trabalhadores: advogados, engenheiros, médicos, contadores, artistas em geral etc., quando empregados. (CASSAR, 2008, p. 313).

Em uma sociedade caracterizada pela especialização do trabalho, o empregador nem sempre será o detentor dos conhecimentos necessários à execução da atividade profissional pelo empregado. Pelo contrário, as contratações têm acontecido cada vez mais, justamente, porque o empregado é o detentor do *know-how* que não possui o empregador.

A chamada mera subordinação funcional se torna insuficiente como marco decisivo para o contrato de emprego e será a integração do trabalhador na empresa o fator essencial para definir a existência do pacto laboral. Ou seja, o traço caracterizador para se originar a existência ou não da relação de emprego reside no fato de o empregado constituir parte integrante da organização. No caso das empresas de entretenimento, fazem parte integrante da organização todos aqueles que contribuam para a atividade-fim, a exemplo de atrizes, cantores, apresentadores, diretores e roteiristas, podendo ocorrer a fixação de pacto de labor ou de prestação de serviços com aqueles que realizem atividades intermediárias, como porteiros, vigilantes e camareiras, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto.

O contrato de trabalho do artista em espetáculos de diversão é contrato especial (não se submetendo às normas gerais da Consolidação das Leis do Trabalho), regido por lei específica, que “se verifica quando o artista está sujeito ao poder diretivo do empregador, o qual se exterioriza pela faculdade conferida a este último de determinar a função, o tempo, o modo e o local da prestação de serviços” (BARRO, 2003, p. 58).

É a Lei n. 6.533, de 1978 que regulamenta o contrato de trabalho com o artista ou o técnico em espetáculos, que tem forma solene, ou seja, deve ser escrito e seguir as diretrizes fixadas

em instruções do Ministério do Trabalho e Emprego. No referido ajuste, constará também o nome das partes, qualificação, natureza da função, título do programa, espetáculo ou produção, nome do personagem, local do trabalho, jornada, remuneração, forma de pagamento, ajuste sobre viagem e deslocamento, dia de pagamento e número da carteira de trabalho. Quanto à sua vigência, o contrato pode ter prazo determinado ou indeterminado, sendo que, na primeira hipótese, a duração máxima será de dois anos.

Ainda, a lei impõe que o artista e o técnico de espetáculos tenham prévio registro profissional na Delegacia Regional do Trabalho e que o pacto laboral com eles firmado apresente visto do sindicato representativo da categoria no prazo de dois dias úteis, após o qual poderá ser registrado no Ministério do Trabalho.

Preceitua o art. 2º da Lei 6.533/1978 que artista é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública.

O quadro anexo do decreto n. 82.385/1978, que regulamentou a referida lei n. 6.533/1978, estabelece que são enquadrados como artistas, nas artes cênicas, o acrobata, amestrador, ator, bailarino ou dançarino, comedor de fogo, contorcionista, diretor, domador, equilibrista, faquir, mágico, manequim e strip-teaser; no cinema, o animador, o ator, o roteirista e o diretor; na fotonovela, o ator, o redator e o diretor; e, na radiodifusão, o ator e o figurante.

Já o art. 3º do decreto n. 57.125 de 1965, que promulga a convenção internacional para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão (conhecida como Convenção de Roma), dispõe que se entende por artistas intérpretes ou executantes,

os atores, cantores, músicos, dançarinos e outras pessoas que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem, por qualquer forma, obras literárias ou artísticas.

Por outro lado, será empregador toda a pessoa física ou jurídica que tiver a seu serviço os artistas, sejam eles criadores, intérpretes ou executantes das obras de caráter literário, cultural ou artístico. “Aplicam-se as disposições da lei em comento às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem a seu serviço os profissionais acima definidos, para a realização de espetáculos, programas ou mensagens publicitárias” (BEZERRA LEITE, 2015, p. 245).

Diz o parágrafo único do art. 3º da Lei 6.533/1978⁴, ainda, que se equiparam ao empregador as agências de colocação de mão de obra. Em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, a lei 6.533/1978, no seu art. 17⁵, prevê a responsabilização solidária entre a agência de locação de mão de obra e o tomador de serviços.

5 É POSSÍVEL A CESSÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO COM OS ARTISTAS EM ESPETÁCULOS DE DIVERSÕES?

Questão tortuosa diz respeito à possibilidade de cessão dos direitos autorais e conexos. Isto porque, enquanto a lei 6.533/1978, que regulamenta o contrato de trabalho dos artistas,

4 Art. 3º da Lei 6.533/1978: Aplicam-se as disposições desta lei às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem a seu serviço os profissionais definidos no artigo anterior, para realização de espetáculos, programas, produções ou mensagens publicitárias.

Parágrafo único - Aplicam-se, igualmente, as disposições desta Lei às pessoas físicas ou jurídicas que agenciem colocação de mão-de-obra de profissionais definidos no artigo anterior.

5 Art. 17 - A utilização de profissional contratado por agência de locação de mão-de-obra, obrigará o tomador de serviço solidariamente pelo cumprimento das obrigações legais e contratuais, se se caracterizar a tentativa, pelo tomador de serviço, de utilizar a agência para fugir às responsabilidades e obrigações decorrentes desta Lei ou de contrato.

proíbe a cessão dos direitos autorais e conexos⁶, a lei dos direitos autorais (lei 9.610/1998) permite a referida cessão.⁷

Inicialmente, atente-se para o fato de que a lei anterior de direitos autorais (lei 5.988/1973), no seu art. 36, previa que, se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes.

Assim, enquanto na antiga lei 5.988/1973 havia menção expressa sobre a divisão dos direitos do autor entre trabalhador e empresa se a obra fosse decorrente de vínculo de emprego

6 O artigo 13 da Lei 6.533/1978 dispõe que: Art. 13 - Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais.

Parágrafo único - Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra.

7 Diz o art. 49 da Lei 9.610/1998: Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Já o art. 90 da mesma lei 9.610/1998 afirma que: Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir:

I - a fixação de suas interpretações ou execuções;

II - a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas;

III - a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não;

IV - a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem;

V - qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções.

§ 1º Quando na interpretação ou na execução participarem vários artistas, seus direitos serão exercidos pelo diretor do conjunto.

§ 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.

ou prestação de serviços, a atual lei dos direitos autorais (Lei 9.610/1998) nada fala a esse respeito, resumindo-se a dispor no art. 22 que pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. A referida omissão não foi um mero deslize do redator da lei, sendo a mesma proposital, pois seguiu uma mudança no entendimento do legislador.

Se antes havia uma divisão entre empregado e empregador dos direitos autorais decorrentes das obras produzidas durante o pacto laboral vigente na lei 5.988 de 1973, com a promulgação da lei 6.533 de 1978, os direitos autorais e conexos pertencerão somente ao trabalhador, já que não é mais permitida a sua cessão decorrente da prestação de serviços profissionais (art. 13) e eles serão devidos a cada exibição da obra (parágrafo único).

Por outro lado, note-se que a proibição constante no art. 13, da mencionada lei 6.533/1978, abrange tanto os direitos do autor propriamente ditos, como os direitos conexos relativos aos executantes e intérpretes das obras intelectuais. Isto porque, como visto em tópico anterior, no quadro anexo do decreto 82.385, são abarcadas tanto as atividades dos atores, como os de diretores e roteiristas/redatores, ou seja, a referida lei alcança tanto os criadores como os intérpretes das obras intelectuais, desde que tenham sido admitidos na condição de empregados.

Neste mesmo sentido, veja-se que o art. 33 do decreto 82.385/1978, que regulamenta a mencionada lei 6.533/1978, dispõe que não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais. Já o art. 34 determina que os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra.

Na lei 6.615, também de 1978, o legislador mantém a mesma linha de raciocínio de proibição da cessão ao fixar, no seu artigo 17, que não será permitida a cessão ou promessa de cessão dos direitos de autor e dos que lhes são conexos decorrentes da

prestação de serviços profissionais pelo radialista. No parágrafo único do referido dispositivo, repete que os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra.

Impende ressaltar, ainda, que os artigos 17 e 23, da lei 9.610/1998, protegem os direitos autorais relativos à participação individual em obras coletivas. Também digno de registro é que o inciso I do art. 49, da lei 9.610/1998, afirma que não é passível de cessão os direitos de autor expressamente excluídos por lei (que é o caso justamente daqueles decorrentes da prestação de serviços profissionais mencionados no art. 13 da lei 6.533/1978).

Outrossim, registre-se que a remuneração devida pelos direitos autorais tem natureza jurídica distinta do salário, pois este corresponde à prestação de dar devida pelo empregador pelo fato do empregado ficar simplesmente à sua disposição quando firmado contrato de trabalho entre as partes, haja atividade ou não, enquanto aquela decorre da produção de obra intelectual ou artística, podendo existir ou não vínculo empregatício entre o autor e o tomador. Neste sentido, é o entendimento do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Mauricio Godinho Delgado, que diz:

Natureza jurídica - As parcelas com natureza de direito intelectual podem ser devidas pelo empregador ao obreiro no contexto do contrato empregatício. Contudo, preservam, regra geral, natureza jurídica própria, distinta da salarial. É que elas derivam de direito específico adquirido pelo trabalhador ao longo do contrato, com estrutura, dinâmica e fundamento jurídicos próprios.

Pode ocorrer, até mesmo, que o próprio título jurídico ensejador do direito intelectual não seja o contrato de trabalho, mas um contrato paralelo ao pacto empregatício original.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, tais parcelas não se comunicam com o salário obreiro, preservando natureza jurídica específica e distinta (DELGADO: 2016, p. 683).

Por fim, cabe salientar que o art. 115⁸ da lei 9.610/1998 expressamente determina que as leis 6.533/1978 e 6.615/1978 ficam mantidas em vigor mesmo após a sua promulgação, portanto, as leis 6.533/1978 e 9.610/1998 convivem harmonicamente no ordenamento jurídico pátrio.

Frise-se que, nos tempos hodiernos, com as inovações tecnológicas introduzidas nos meios de comunicação, especialmente na radiodifusão, em que as obras podem ser reproduzidas infinitamente, tendo duração maior até que a vida do próprio artista criador, intérprete ou executante, é imprescindível garantir a proteção dos direitos autorais e conexos, que serão devidos a cada exibição da obra.

Por tudo quanto foi exposto, a proibição de cessão dos direitos autorais e conexos prevista no art. 13 da lei 6.533/1978 deve prevalecer sempre que decorrerem da prestação de serviços profissionais, mantida através de vínculo de emprego com o artista de espetáculos de diversões, dada a sua fragilidade econômica frente às grandes corporações detentoras dos meios de produção.

6 CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto no presente trabalho, pode-se concluir que:

a) com o avanço da tecnologia empregada nos meios de comunicação, torna-se premente assegurar aos artistas empre-

8 Art. 115. Ficam revogados os arts. 649 a 673 e 1.346 a 1.362 do Código Civil e as Leis n^os 4.944, de 6 de abril de 1966; 5.988, de 14 de dezembro de 1973, excetuando-se o art. 17 e seus §§ 1^o e 2^o; 6.800, de 25 de junho de 1980; 7.123, de 12 de setembro de 1983; 9.045, de 18 de maio de 1995, e demais disposições em contrário, mantidos em vigor as Leis n^os 6.533, de 24 de maio de 1978 e 6.615, de 16 de dezembro de 1978 (grifo nosso).

gados nos espetáculos de diversões a proibição de transferência dos direitos autorais e conexos, que sobressai do próprio sistema de princípios trabalhistas que assegura a proteção do hipossuficiente, no caso, o empregado;

b) a proibição de cessão dos direitos autorais e conexos também se extrai da restrição à autonomia contratual, face à imperatividade das normas trabalhistas;

c) houve omissão proposital do legislador, na lei 9.610/1998, sobre a divisão entre empregado e empregador dos direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços ou contrato de emprego;

d) o art. 13, da lei 6.533/1978, veda expressamente a cessão dos direitos autorais e conexos decorrentes de vínculo de emprego mantido com o autor ou intérprete executante das obras artísticas;

e) foi determinada a manutenção em vigor da lei 6.533/1978 pelo art. 115 da lei 9.610/1998.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **As relações de trabalho no espetáculo**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 out. 2016.

_____. **Decreto 57.125/1965**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-57125-19-outubro-1965-397457-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 26 jun. 2022.

_____. **Decreto 82.385/1978**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D82385.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

_____. **Decreto-Lei 5452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

____. **Lei 6.533/1978**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6533.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

____. **Lei 6.615/1978**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6615.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

____. **Lei 9.610/1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil – teoria geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIREITO POTESTATIVO E CLÁUSULA PURAMENTE POTESTATIVA NO CONTRATO DE EMPREGO. O CASO DA DESPEDIDA INJUSTA

Edilton Meireles¹

¹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC/SP. Desembargador do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, professor adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBa).

1 INTRODUÇÃO

É muito comum no direito do trabalho se afirmar que o empregador goza de alguns direitos potestativos como o de despedir desmotivadamente (denúncia vazia) o empregado. Verifica-se, porém, que, em regra, há uma confusão entre direito potestativo e cláusula contratual potestativa.

Dada essa confusão, no presente trabalho se buscará apontar a distinção entre direito potestativo e cláusula contratual potestativa, investigando sua incidência da relação de emprego.

Como, ainda, tem-se um entendimento predominante que o empregador tem o “direito potestativo” de despedir o empregado de forma desmotivada, procurar-se-á investigar se essa hipótese, de fato, está agasalhada em nosso ordenamento jurídico.

Na pesquisa será utilizado o método dedutivo, com revisão da literatura, análise da jurisprudência e interpretação de textos normativos.

2 DO DIREITO POTESTATIVO

Para se compreender o que seria o direito potestativo é preciso lembrar que essa expressão (potestativo) deriva da palavra poder e do vocábulo potestade. Potestativo, assim, seria a qualidade do que é revestido de poder.

Poder ou potestade é atributo ou condição de quem manda, isto é, de quem impõe sua vontade independentemente de outrem. Exemplo clássico de quem exerce o poder é o Estado, que pode impor sua vontade independentemente da vontade alheia. Por exemplo, quando o Estado impõe uma obrigação tributária, o contribuinte passa a ser devedor de uma obrigação independente da sua vontade (do administrado). O mesmo se

diga na hipótese da convocação para o serviço militar, da imposição de sanção penal, etc.

Manuel A. Domingues Andrade aponta que direitos potestativos é o poder conferido a alguém para a produção de um efeito jurídico mediante a declaração de vontade de seu titular, ainda que integrada por uma posterior decisão judicial². Já Carlos Alberto da Mota Pinto destaca que os direitos potestativos são “poderes jurídicos”, que por um ato de livre vontade que impõe efeitos à contraparte.³

Referindo-se, ainda, especificamente, ao direito potestativo, Giuseppe Chiovenda destaca que ele deriva da lei que “concede a alguém o poder de influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste”, com a produção de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos⁴. E Manuel A. Domingues Andrade ressalta que, correlato ao direito potestativo se tem a sujeição de outrem, que deve suportar as consequências do seu exercício, ou seja, sujeitar-se à “produção dos efeitos jurídicos a que tende o mesmo direito”. E o atingido “nada pode fazer contra isso”, isto é, ele não pode frustrar a produção dos seus efeitos, que serão gerados “queira ou não o sujeitoado”⁵.

Ao sujeitoado resta, “apenas e tão-somente suportar as consequências jurídicas do exercício do direito potestativo”⁶. E mais: do exercício do direito potestativo absoluto (verdadeiro direito potestativo) jamais redundará a geração de direitos (perdas e danos) em favor daquele que deve se sujeitar as suas consequências.

Veja-se o exemplo clássico do poder de tributar. Neste caso, a lei confere ao Estado o poder de impor um imposto, independentemente da vontade do sujeitoado, constituindo para

2 Teoria geral da relação jurídica. Sujeitos e Objetos. vol. I, p. 12.

3 Teoria geral do direito civil, 3 ed., p. 174-175.

4 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual. V. 1, 2 ed., p. 15.

5 Teoria geral da relação jurídica. Sujeitos e Objetos. vol. I, p. 17.

6 LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. Direito potestativo, p. 40.

este uma obrigação, sem a geração de qualquer direito em seu favor. Isto é, a partir do exercício do direito potestativo o sujeito não tem o direito de exigir qualquer contraprestação. Apenas tem o dever de se sujeitar à produção dos efeitos respectivos.

Mas esse poder, assegurado por lei, porém, tanto pode ser conferido ao próprio Estado, como o de tributar, como pode ser assegurado ao particular, como, por exemplo, na hipótese do direito de ação. O direito de processar judicialmente outrem não depende da vontade do processado, o qual, por sua vez, sujeita-se à vontade do processante, decorrendo daí seu ônus de defesa, sob pena de sofrer uma eventual consequência (condenação judicial), sem poder exigir qualquer contraprestação. Outro exemplo é do proprietário do prédio serviente, que pode remover a servidão, de um local para outro, às suas custas, se “em nada diminuir as vantagens do prédio dominante”, sem que seu dono (da servidão) possa se opor (art. 1.384 do CC).

Esse direito potestativo, por sua vez, ou decorre da força (nas sociedades na qual não prevalece o estado de Direito) ou da lei (no Estado de Direito). Importa, porém, apenas o segundo. Daí porque se pode afirmar que direito potestativo seria aquele que não admite contestações, assegurada pela ordem jurídica. É uma prerrogativa jurídica de impor a outrem a sujeição ao seu exercício (do direito potestativo).

Mas, como visto, duas características são inerentes ao direito potestativo. A primeira característica é que, do exercício do direito potestativo, não decorre qualquer direito ao sujeito. Este não só se sujeita ao direito potestativo, sem poder se opor ao seu exercício, como, ainda, não adquire qualquer direito a partir dele. Ou seja, sequer tem direito a uma indenização em face da perda da sua posição jurídica em face do exercício do direito potestativo. Basta lembrar do poder de tributação. Em face do exercício desse direito potestativo por parte do Estado, instituído o imposto, ao contribuinte cabe se sujeitar a ele, sem direito de exigir qualquer

contraprestação ou indenização. Essa, pois, é a regra, sem com isso afastar a possibilidade, por exceção, relativizando o direito, da lei assegurar alguma vantagem ao sujeitoado.

Aqui, então, pode-se dividir o direito potestativo em absoluto ou relativo em suas consequências. Absoluto seria aquele que, em sendo exercido, ao livre arbítrio do seu titular, dele não deriva qualquer direito ao sujeitoado, que deve se limitar a suportar às consequências jurídicas do agir de outrem. Relativo, porém, seria aquele que, em sendo exercido, ao livre arbítrio do seu titular, dele, por força de lei, deriva algum um direito ao sujeitoado, que pode exigir a sua satisfação. Neste caso, cabe ao afetado suportar as consequências jurídicas do exercício do direito potestativo, sem poder contestá-lo ou se opor, mas pode exigir a prestação assegurada em lei.

Um exemplo que se pode citar do direito potestativo relativo é o da passagem forçada, regulado no art. 1.285 do CC. Neste caso, a lei assegura ao “dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto” o direito de “constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário”. E contra esse direito o vizinho não pode se opor, isto é, deve se sujeitar em relação à constituição da passagem. Mas a lei assegura o pagamento de uma “indenização cabal”. Do exercício do direito potestativo, portanto, neste caso, deriva um direito para o sujeitoado, no exemplo, de receber uma indenização. Situação semelhante se tem com a desapropriação, que é direito potestativo do Poder Público, mas se assegura ao desapropriado a justa indenização (art. 5º, inciso XXIV, da CF).

Nessas hipóteses pode-se afirmar que o direito potestativo é relativo (ou parcialmente potestativo), já que dele se gera um direito ao sujeitoado (receber indenização, etc.). Ao contrário do verdadeiro direito potestativo que não gera qualquer direito ao sujeitoado a ser satisfeito pelo titular daquele quando exercido (pagar tributo; responder ao processo judicial).

Já a segunda característica é que, em todas as hipóteses, o próprio direito/poder potestativo e seu exercício não derivam da vontade alheia. Ou seja, quem detém o direito potestativo não o possui ou o exerce por vontade de quem se sujeita ao seu exercício. Logo, em nenhuma hipótese o direito potestativo deriva da vontade de quem se sujeita a ele. Daí porque o direito potestativo não se confunde com a cláusula potestativa, inserida uma relação contratual.

O direito potestativo, assim, por não depender da vontade alheia não encontra amparo no negócio jurídico, até por ser incompatível com este, já que todo contrato depende da vontade alheia. Daí a importância da definição da cláusula potestativa, que não se confunde com o direito potestativo.

3 DA CLÁUSULA POTESTATIVA

Não se confundindo com o direito potestativo, tem-se o que se denomina ser “cláusula potestativa” inserida nos contratos.

Como é óbvio, a cláusula potestativa se insere no contrato por vontade das partes, ainda que por força de norma estatal de natureza imperativa. Ou seja, ainda que decorrente de lei imperativa, ela somente existe por vontade do contratante ao celebrar o negócio jurídico. Logo, a cláusula potestativa sempre encontra seu fundamento na vontade da pessoa contratante.

Essa característica, por sua vez, logo ressalta a sua diferença para com o direito potestativo. Isto porque, como dito acima, o direito potestativo não encontra seu fundamento na vontade de quem se sujeita ao seu exercício. Quem detém o direito potestativo (a exemplo do Estado tributador) não o possui por vontade de quem se sujeita ao seu exercício (a exemplo dos contribuintes).

Difere, portanto, o direito potestativo da cláusula potestativa, pois esta deriva do acerto de vontades. Esta última, portanto, encontra seu fundamento na vontade de quem se sujeita ao exer-

cício da faculdade contratual conferida ao co-contratante. Pactua-se a cláusula potestativa, diferentemente do direito potestativo que não deriva da vontade de quem se sujeita ao seu exercício.

Diz-se, porém, ser potestativa a cláusula quando ela pode ser executada por mera vontade de uma das partes, sem que dela decorra qualquer direito à parte contrária (sem prejuízo do pacto em contrário), que à sua execução também não pode se opor. A doutrina, porém, distingue, de forma equivocada, a cláusula potestativa em i) puramente potestativa da ii) simplesmente potestativa.

A cláusula puramente potestativa seria aquela na qual os efeitos do contrato ficariam ao puro e livre arbítrio de uma das partes e para qual exercício não decorra qualquer influência ou fator de ordem externa à vontade do credor desse direito contratual. Um exemplo seria a cláusula que assegura a uma das partes ditar o preço da venda do imóvel. Neste exemplo, celebra-se um contrato na qual o comprador se obriga a pagar o preço a ser indicado pelo vendedor. Este, por sua vez, a seu livre arbítrio, estabeleceria o preço, ficando o comprador sujeito à sua vontade. A cláusula puramente potestativa, assim, fica sujeita ao puro arbítrio de uma das partes, sem a influência de qualquer fator externo à sua vontade (ex.: se eu quiser, se me for conveniente, quando me decidir, etc.).

Essa cláusula puramente potestativa (ao livre arbítrio da parte) se distinguiria da denominada simplesmente potestativa, que, por sua vez, seria aquela sujeita a um fator externo à vontade da parte, não ficando a seu mero livre arbítrio. Ela dependeria de algum acontecimento ou circunstância exterior que escapa ao controle da parte. A doutrina cita, então, como exemplo a cláusula que condiciona o pagamento à venda de um imóvel (v.g., pagarei pela compra do apartamento após receber pela venda de minha casa). Neste caso, o pagamento ficaria sujeito ao recebimento de uma prestação por parte do comprador.

A rigor, entretanto, essa cláusula não seria verdadeiramente potestativa. Isto porque, na realidade, na cláusula simplesmente potestativa já se contrata a obrigação, que deve ser realizada assim que implementada a condição, não ficando mais sujeita à vontade ou livre arbítrio da parte contratante. No exemplo do pagamento do imóvel adquirido somente após o recebimento de uma determinada prestação pelo comprador (pela venda de sua casa; após liberação do empréstimo, etc.), uma vez realizada a condição (recebimento da prestação pecuniária), a obrigação deve ser satisfeita independentemente da vontade do contratante-devedor. Não depende, pois, de seu poder a satisfação dessa obrigação. Na realidade, esse contratante se encontra também numa situação de “sujeição”, pois, realizada a condição, fica obrigado a satisfazer o contratado.

Difere, pois, da cláusula verdadeiramente potestativa, que é aquela que para ser executada somente depende do livre arbítrio da parte (de seu “poder”/querer) e contra o qual a outra parte não pode se opor, já que contratou a se sujeitar ao seu exercício.

Nossa legislação, porém, veda a cláusula puramente potestativa, conforme disposto na segunda parte do art. 122 do Código Civil, ao considerar “entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”, salvo quando autorizado em lei especial.

Nesse caso, como já decidido pelo STJ, o conteúdo puramente potestativo do contrato impõe “a uma das partes condição, apenas e tão-somente, de mero espectador, em permanente expectativa, enquanto dava ao outro parceiro irrestritos poderes para decidir como bem lhe aprouvesse. Disposições como essa agridem o bom senso e, por isso, não encontram guarida em nosso direito positivo”.⁷

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 291.631, Rel. Min. Castro Filho, j. 4.10.2001, DJU 15.4.2002. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipo->

E, de fato, essa espécie de cláusula contratual (puramente potestativa), viola, de forma efetiva e concreta, os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Isto porque ela fica condicionada ao mero arbítrio de uma das partes, decorrendo, daí, um verdadeiro desequilíbrio contratual.

Exceção à essa regra se tem quando lei mais especial permite a cláusula puramente potestativa. Exemplo clássico se tem com a cláusula que permite a rescisão do contrato de locação por denúncia vazia. Nessa hipótese a lei permite o rompimento contratual por mero arbítrio do locador em sendo a locação residencial e se o contrato tiver sido ajustado por prazo igual ou superior a 30 (trinta) meses e haja prorrogação por prazo indeterminado, assegurado o prazo de 30 (trinta) dias para o locatário desocupar a imóvel (§ 2º do art. 46 da Lei n. 8.245/91).

Nesse exemplo, a lei permite que se contrate essa cláusula puramente potestativa. Se permite porque as partes podem dispor de forma contrária, isto é, elas podem estabelecer a impossibilidade do despejo por denúncia vazia, já que a regra da Lei n. 8.245/91 é meramente supletiva. E, no caso, permitida da denúncia vazia (por acordo de vontade, ainda que por omissão contratual em contrário, com inserção da norma estatal supletiva), o rompimento contratual (despejo) decorre de mero arbítrio do locador, não se gerando, a partir do seu exercício, qualquer direito para o locador, inclusive o de objeção ou oposição, salvo o direito de permanecer no imóvel por até mais 30 (trinta) dias.

Tem-se, então, que o direito potestativo (derivado da lei) não se confunde com a cláusula potestativa (derivada do negócio jurídico).

4 DA CLÁUSULA E DO DIREITO POTESTATIVO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A partir do que foi dito acima cumpre, agora, investigar se, numa relação de emprego, qualquer das partes tem direito potestativo ou se pode ser firmada a cláusula potestativa.

Como já foi visto anteriormente, o direito potestativo, por derivar diretamente da lei, não dependendo da vontade alheia, não encontra guarida numa relação contratual. Isto porque, todo e qualquer direito exercício numa relação contratual depende da vontade alheia, isto é, de um dos contratantes. Tal ocorre mesmo quando diante da incidência de uma norma imperativa, que limita a autonomia da vontade ou privada, já que, para sua incidência, ela depende da pactuação contratual. E aqui não se pode olvidar que, ainda que diante de norma imperativa, a reger a relação contratual, aquela se insere no contrato como regra de natureza contratual. Cuida-se, portanto, de direito contratual.

Como já decidido pelo STF, mesmos os contratos nos quais suas cláusulas são mais fruto da incidência das normas imperativas do que do acerto individual de vontade, ainda assim, essas regras têm natureza contratual. Entende-se, com acerto, que “apesar de impostas pela lei certas cláusulas como obrigatórias num contrato, uma vez apostas a ele passam a integrá-lo como fruto de ato de vontade inclusive da parte que a ele adere...”. No caso, ainda que a norma contratual decorra da incidência da lei de ordem pública imperativa, “não por isso essas cláusulas deixam de integrar o contrato.”⁸

Assim, ainda que existente uma cláusula potestativa, inserida no contrato por força da incidência da norma imperativa, ela somente é executável por força da vontade da parte contraente.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 493. Brasília. Diário da Justiça. 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>. Acesso em: 11 ago. 2021.

Daí se tem que se revela equivocado afirmar que empregado ou empregador tem “direito potestativo” a qualquer coisa na relação contratual de emprego. Quando muito, a parte teria uma “faculdade potestativa” decorrente de uma cláusula contratual de natureza puramente potestativa que lhe asseguraria exercer determinado direito sem que a parte contrária pudesse se opor ou que dela decorra direitos ao sujeitado. O uso da expressão “direito potestativo” se revela, portanto, equivocado. Óbvio, no entanto, que se pode afirmar que ao se referir ao direito potestativo numa relação contratual se quer se referir à faculdade decorrente da cláusula potestativa.

É certo, assim, que doutrina e jurisprudência ao se referirem ao direito potestativo na relação de emprego queiram se ater à cláusula potestativa. E, em tese, nada impede que seja pactuada a cláusula potestativa. Contudo, como já visto acima, a lei geral (Código Civil) impede a celebração de cláusula contratual meramente potestativa, já que ela fica sujeita ao mero arbítrio ou capricho da parte. Logo, por muito mais razões se deve vedar a pactuação no contrato de emprego dessa espécie de cláusula. Quando muito, poder-se-ia pensar na permissão da celebração de cláusula potestativa na qual o direito deva ser exercido pelo trabalhador, por ser ele considerado o mais débil da relação contratual. É o caso da faculdade de romper o contrato sem qualquer motivação (denúncia vazia ou demissão).

Em tese, ainda, pode-se admitir a cláusula potestativa na relação de emprego quando prevista em lei mais especial em relação ao disposto no Código Civil. No caso, estar-se-ia diante de uma exceção, a exemplo da cláusula do despejo por denúncia vazia.

Cumpre, então, examinar a hipótese mais citada pela literatura e jurisprudência brasileiras, que seria o “direito potestativo” (cláusula potestativa) de despedir sem motivação o empregado

5 DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA

O exemplo comumente citado de cláusula potestativa na relação de emprego seria o da faculdade do empregador poder romper o contrato por prazo indeterminado (despedida injusta/desmotivada) por seu livre arbítrio (simples exercício de um “poder potestativo”). Ou seja, tecnicamente se teria uma cláusula contratual permitindo ao empregador romper o contrato a seu livre arbítrio ou mero capricho.

Aqui, porém, primeiro é preciso ressaltar que a cláusula potestativa não se presume, nem se pode afirmar que ela seria inerente a qualquer espécie contratual. Isto porque, como ela, a princípio, é ilícita, por força da regra geral do Código Civil (art. 122, segunda parte), por certo que não se pode presumir a pactuação ilícita, nem se afirmar que ela seria ilicitamente inerente ao pacto contratual. Logo, a cláusula potestativa deve ser expressa, não se presumindo a sua existência, já que, a princípio, ela é vedada pelo ordenamento jurídico.

Logo, em sendo pactuada, a cláusula potestativa será considerada ilícita, salvo se houver norma mais especial a impondo de forma imperativa, autorizando sua pactuação ou incidindo de modo supletivo quando diante de omissão contratual em contrário. Ou seja, somente será lícita a cláusula potestativa i) se houver lei a impondo de forma imperativa, ii) se a lei mais especial autorizar sua pactuação ou iii) se a lei mais especial incidir de modo supletivo quando diante da inexistência de cláusula em contrário.

E aqui se volta ao exemplo do alegado direito (cláusula) potestativo à despedida desmotivada (denúncia vazia). No caso, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro disposição impondo de forma imperativa a cláusula potestativa dessa natureza, inserindo-a no contrato obrigatoriamente, tanto que as partes podem pactuar a não despedida desmotivada.

Ter-se-ia, porém, a regra do art. 487 da CLT que, de modo supletivo, estabelece que “Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima” prevista na lei.

Aqui, então, por força de norma supletiva, ter-se-ia uma cláusula que permitiria a qualquer das partes, empregado e empregador, romper o contrato, a seu livre arbítrio, bastando proceder no aviso prévio (à semelhança do despejo por denúncia vazia que assegurar a prorrogação do contrato por mais trinta dias a contar do aviso do rompimento contratual).

A questão, porém, a se refletir é quanto a vigência dessa regra quando utilizada em favor do empregador. Isto porque o inciso I do art. 7º da CF estabelece que é direito fundamental do trabalhador a proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A partir do texto constitucional duas interpretações podem ser extraídas. A primeira é a que veda a despedida arbitrária (vedaria a cláusula potestativa do despedimento ao mero arbítrio do empregador), de modo a se proteger a relação de emprego, sem prejuízo da lei complementar estabelecer algumas exceções e prevê a devida indenização compensatória. Essa interpretação estaria, então, em consonância com o valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e de acordo com a ordem econômica nacional na busca da valorização do trabalho humano, tendo “por fim assegurar a todos existência digna” (caput do art. 170 da CF), em especial, através da “busca do pleno emprego” (inciso VIII do art. 170 da CF).

E, nesse sentido, cabe destacar que, apesar da CF preceituar a possibilidade de ser estabelecida uma indenização compensatória, isso não implica que esteja afastada a possibilidade do legislador complementar a prever a estabilidade,

vedando em absoluto a despedida arbitrária, com pagamento somente para casos excepcionais. Como ensina José Afonso da Silva, ao legislador complementar foi assegurado o direito de estabelecer diversas formas de proteção, podendo, inclusive, “... reconhecer estabilidade após certo tempo de emprego e indenização compensatória. Mas poderá também não conferir estabilidade, resolvendo-se a controvérsia sempre pela via de indenização, progressiva ou não. Além disso, poderá estabelecer outros direitos...”⁹

A segunda das interpretações possível é aquela na qual a Constituição não veda propriamente a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas apenas a sujeita ao pagamento de uma indenização compensatória. Ou seja, restaria assegurado ao empregador a faculdade contratual, decorrente de uma cláusula potestativa, de despedir arbitrariamente o empregado, assegurando-se a este uma indenização compensatória. Tratar-se-ia, assim, de uma cláusula potestativa relativa (a exemplo do direito potestativo relativo). Não seria absolutamente potestativa, já que, neste caso, do seu exercício não se gera qualquer direito à contraparte, que apenas cabe se sujeitar à mesma (sem poder se opor e sem nada poder exigir em contrapartida). Seria relativa, pois, apesar de seu exercício decorrer do mero arbítrio do titular da faculdade contratual (a despedida arbitrária), e a ele a parte contrária se sujeitar (não poder se opor), ao exercê-lo seu titular se obriga a pagar uma prestação ao sujeitoado (que teria o direito de exigir sua satisfação).

Interpretar a Constituição, data venia, conforme esse segundo sentido é negar o próprio objetivo da norma (que é de proteger a relação de emprego), contrariando, ainda, o caput do art. 7º no qual se insere o respectivo dispositivo (inciso I), que estabelece a progressividade dos direitos dos trabalhadores (que visem “à melhoria de sua condição social”). Isto sem falar

9 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, 8 ed., p. 194.

que não estaria em consonância com o princípio da valorização do trabalho humano (inciso IV do art. 1º da CF) e em sentido contrário ao princípio da busca do pleno emprego a qual a nossa ordem econômica está submetida (inciso VIII do art. 170 da CF).

E neste sentido, ao apreciar a ADI n. 1.721, o STF assentou que

“Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade”.

Daí porque, na oportunidade conclui o STF que

“O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego”.¹⁰

Na realidade, o que a CF estabelece é a vedação à despedida arbitrária. Isto não impede do legislador complementar

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.721. Rel. Carlos Britto. J. 11/10/2006. Diário de Justiça de 29/06/2007. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22ADI%201721%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 ago. 2021.

infraconstitucional, por exceção, estabelecer que, em algumas hipóteses, ela poderia ocorrer, assegurada a indenização compensatória (o que estaria em consonância com a CF). Seria o caso, por exemplo, de se admitir a despedida arbitrária por pequenas empresas (que possuam até determinado número de empregados) ou, ainda, pelo empregador doméstico (considerando a natureza pessoal e de maior confiança dessa relação jurídica).

Essa, inclusive, foi a interpretação dada pelo STF, quando do julgamento da ADI 1.721, ao dispor, no voto do Relator Carlos Britto, que

“a Magna Carta Federal outorgou à lei complementar duas específicas funções: a) a de instituir as hipóteses em que não pode ocorrer a despedida arbitrária ou sem justa causa; b) a de fixar, “entre outros direitos”, os parâmetros de indenização compensatória aos trabalhadores que vierem a ser despedidos, exatamente, sem justa causa ou pelo exclusivo arbítrio do seu empregador”.¹¹

E, adiante, deixou claro que, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa nas três hipóteses de estabilidade previstas transitoriamente na CF (dirigentes sindicais, cipistas e gestantes) é “passível de reforço, claro, quando da edição da lei complementar requestada pelo inciso I do art. 7º da própria Constituição Federal”.¹²

Vale observar, ainda, que o STF também já decidiu, na ADI n. 639, diante do questionamento da constitucionalidade do art. 118 da Lei n. 8.213/91, em outras palavras, que, em situações especiais, o próprio legislador ordinário pode dispor sobre hipóteses de estabilidade ou garantia de emprego, como em relação ao empregado acidentado¹³. Isto porque, como dito pelo Min.

11 Idem, p. 9-10 do acórdão (p. 92-93 dos autos).

12 Idem, p. 12 do acórdão (p. 95 dos autos).

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 639. Rel. Joaquim Barbosa. J. 02/06/2005. Diário de Justiça de 21/10/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>

Joaquim Barbosa, “a reserva de lei complementar prevista no art. 7º, I, decorre do óbvio impacto, nas relações trabalhistas, de regras gerais de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”, isso sem deixar de “mencionar que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção dos direitos sociais”.¹⁴

Na mesma oportunidade, inclusive, o Min. Carlos Britto externou em seu voto que há reserva de lei complementar sobre “o tema da estabilidade em caráter contínuo e não meramente pro tempore”¹⁵, no que foi acompanhado, neste fundamento, pelo Min. César Peluzo.¹⁶

A jurisprudência nacional, porém, refletida nas decisões do TST, inclina-se por entender que o empregador tem “direito potestativo” a despedir o empregado de forma arbitrária, assegurado o pagamento da indenização compensatória. Neste sentido se pode citar a decisão proferida no AgR-E-ED-ED-RR-2759400-60.2009.5.09.0006, na qual se concluiu que a “estabilidade não se presume e há que resultar inequívoca e expressa a autolimitação do direito potestativo de rescisão contratual”.¹⁷

Observe-se que, não só se reconheceu o “direito” (cláusula) potestativo, como ainda decidiu que deve ser “inequívoca e expressa” a sua “autolimitação”. É difícil, porém, compreender a existência dessa faculdade potestativa quando diante do texto constitucional que protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária. Na realidade, a lógica interpretativa seria

processos/detalhe.asp?incidente=1526920. Acesso em: 11 ago. 2021.

14 Idem, p. 5-6 do acórdão.

15 Idem, p. 7 do acórdão.

16 Idem, p. 9 do acórdão.

17 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandão. J. 25/05/2017. DEJT 02/06/2017. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2759400&digitoTst=60&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0006&submit=Consultar>. Acesso em: 11 ago. 2021.

contrária. Deve se partir da inexistência da faculdade contratual de se romper o contrato de emprego a partir do mero arbítrio do empregador (cláusula potestativa), admitindo essa possibilidade somente quando autorizada em lei complementar, afastada qualquer autonomia das partes em dispor de forma diversa dado o efeito e eficácia do direito fundamental à proteção contra despedida arbitrária, salvo em casos especialíssimos (a exemplo da relação doméstica).

Poder-se-ia, porém, apontar que essa faculdade contratual potestativa encontraria respaldo no art. 10, inciso I, dos ADCT que, precariamente, estabelece que a proteção contra a despedida arbitrária fica limitada “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”. Ou seja, no caso, entender-se-ia que a proteção contra a despedida arbitrária se limita a pagar essa prestação, sem se vedar, propriamente, o rompimento contratual por mero arbítrio do empregador. E esse entendimento seria reforçado pelo fato de o constituinte transitório ter estabelecido apenas a vedação à despedida do cipista e da gestante (inciso II do art. 10 dos ADCT).

Aqui, porém, mais uma vez se faz prevalecer a matriz ideológica¹⁸ que cunhou a CLT, interpretando-se a CF conforme aquela. Ou seja, não se interpreta a Constituição a partir de seus princípios, regras e valores, mas, sim, a partir da matriz ideológica da CLT, em sua adesão à teoria (fascista-)institucional da relação de emprego.

Ora, a partir dos princípios já mencionados da valorização do trabalho humano e da busca do pleno emprego, ao lado da garantia da proteção contra a despedida arbitrária, o que se deve ter é que a Constituição veda a despedida arbitrária. Logo, diante dela, cabe a reintegração. Contudo, em situações espe-

18 Cf. ROMITA, Arion Sayão. A matriz ideológica da CLT. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, n. 55, p. 5-35, n. 56, p. 5-38, 2013. Porto Alegre: Lex Magister

ciais, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, admite-se que a despedida arbitrária sem justa causa pode ser efetivada, seja i) quando expressamente autorizada em lei infraconstitucional, em caráter de exceção, ii) quando pactuado de forma coletiva ou, iii) em situações especialíssimas, quando previsto em contrato individual. E, quando diante dessas hipóteses, é que, salvo norma mais favorável, a proteção contra a despedida arbitrária ficaria “limitada 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”.

Observe-se: a Constituição não autoriza a despedida arbitrária. Ela, na realidade, veda a despedida arbitrária, prevendo, porém, que o legislador complementar possa, em juízo de ponderação e razoabilidade, estabelecer em caráter excepcional hipóteses que ela possa ocorrer, prevendo, para estes casos, o pagamento de “indenização compensatória, dentre outros direitos”. A Constituição, assim, por si, não autoriza a despedida arbitrária. Ela, na realidade, abre a possibilidade dela ser admitida pelo legislador complementar (norma constitucional contível), que, neste caso, deve dispor sobre a “indenização compensatória, dentre outros direitos”. “A relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária”, pois, é direito fundamental, com plena eficácia, mas de natureza contível. Quer dizer, é uma norma de eficácia plena que também incide imediatamente e produz seus efeitos de imediato, mas a própria Constituição autoriza que o legislador infraconstitucional possa estabelecer alguns limites dadas certas circunstâncias, sem, obviamente, eliminar de forma completa a garantia constitucional.

De olho, porém, na possibilidade de ocorrer a despedida arbitrária, ainda que não autorizada constitucionalmente, e diante da possível omissão contratual das partes em a regulamentá-la de forma individual e frente a omissão de norma coletiva pertinente, é que, transitoriamente, o constituinte já

estabeleceu, precariamente, qual seria a proteção no caso de sua efetivação concreta (despedida arbitrária), isto é, quando não possível a reintegração.

Já o fato de o legislador transitório ter expressamente se referido a duas hipóteses de vedação à despedida arbitrária (cipista e gestante) deve ser interpretado como tendo sido criada uma regra a regular situações específicas e não de um modo geral e contínuo como ordenado no inciso I do art. 7º da CF, sem com isso anular a proteção do emprego a todos os trabalhadores conforme assegurado neste dispositivo. Ou seja, não se pode interpretar que, transitoriamente, somente se quis proteger o emprego dos cipistas e das gestantes, retirando a eficácia imediata da garantia do inciso I do art. 7º. Na realidade, o que se deve interpretar a partir do posto no inciso II do art. 10 dos ADCT é que, ao menos transitoriamente, os trabalhadores ali referidos não podem ser despedidos de forma arbitrária, em qualquer hipótese, inclusive quando contratados a prazo determinado, vedando-se esse ato, tendo-o como nulo de forma absoluta, assegurada a reintegração.

Isso tendo em vista que, como apontado pelo Min. Carlos Britto, no julgamento da ADI n. 639, a lei complementar deve tratar do regime de estabilidade “em caráter contínuo e não meramente pro tempore”. Diria, em caráter contínuo, sem prejuízo de estabelecer garantia temporais. E o que a disposição transitória estabeleceu foi, em verdade, a expressa proteção pro tempore em dois casos específicos, para qualquer hipótese que se apresente até lei complementar regular a matéria.

E para tanto entender é preciso destacar que essas garantias transitórias podem não ser confirmadas pelo legislador complementar. Ou seja, ao menos em tese, o legislador complementar pode, por exemplo, estabelecer a estabilidade apenas para os empregados após determinado período de serviço na mesma empresa (ou levando em consideração a quantidade de

empregados na empresa, etc.), não se assegurando a estabilidade sequer à mulher grávida que não tenha alcançado esse tempo de serviço (ou nas micro e pequenas empresas, v. g.).

Assim, a regra transitória quis, na verdade, evitar que, na interpretação da norma posta no inciso I do art. 7º da CF, fosse excluída, por exemplo, a garantia do emprego contra despedida arbitrária de gestante quando contratada a prazo.

Ou seja, a Constituição veda a despedida arbitrária. Se, porém, diante do caso concreto, ela tiver de ser concretizada, não a anulando, com a reintegração do trabalhador, havendo omissão contratual, legislativa ou de norma coletiva, é que se deve assegurar apenas a proteção “limitada 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”.

E quais seriam esses casos de possibilidade de despedida arbitrária diante deste quadro de omissão infraconstitucional? A resposta é simples: seriam aquelas nas quais, diante do caso concreto, o juiz, em juízo de ponderação e razoabilidade, esteja diante de uma situação que não seja recomendável a anulação do ato de despedida arbitrária. É a hipótese, por exemplo, regulada no art. 496 da CLT, que dispõe que “Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte”.

E aqui se alcança outra conclusão. A partir do disposto no art. 496 da CLT e diante da omissão infraconstitucional quanto a regulamentação da proteção contra a despedida arbitrária de forma geral (regras gerais), tem-se assegurado a todo trabalhador “que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa” o direito a ser reintegrado (assim como aqueles com menos tempo), na forma dos arts. 492 e 495 da CLT (não revo-

gados pela CF, pois com ela compatível, e recepcionados ainda que seja como lei de natureza complementar). Contudo, em sendo desaconselhável a reintegração (reconhecimento da nulidade do ato de despedida arbitrária), “dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física”, ao trabalhador seria assegurado o pagamento de uma indenização equivalente a uma remuneração por ano de serviço (art. 477 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 5.584/70), paga em dobro (art. 496 da CLT).¹⁹ Aqui, pois, tem-se uma regra infraconstitucional mais favorável e que, neste caso especial, supre a omissão do legislador complementar, ainda que seja pela adesão dessas regras ao contrato individual.

E, nesse caso, somente se admitiria a despedida por justa causa apurada em prévio inquérito judicial para apuração de falta grave.

Já em relação ao trabalhador com menos de dez anos de serviço na empresa também, por força da Constituição, é assegurada a proteção contra despedida arbitrária. Contudo, quando diante de uma situação na qual não seja aconselhável a reintegração (“dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio” ou, ainda, em juízo de ponderação e razoabilidade, em casos como do empregado doméstico, do empregado de empresário, de microempresas ou empresas de pequeno porte), cabe ao juiz, diante do caso concreto e da omissão contratual, legislativa e da norma coletiva, assegurar a proteção “limitada 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”.

Ou seja, a despedida arbitrária está vedada em todas as hipóteses até que lei complementar venha a admitir em casos especiais. Contudo, em ela ocorrendo e não sendo aconselhável a reintegração, diante do caso concreto, cabe ao juiz, salvo norma

¹⁹ Frise-se que, não revogado o art. 496 da CLT, o texto anterior do art. 477 da CLT, alterado pela Lei n. 13.467/17, continua a ter efeito para fins de definição da base de cálculos da indenização devida ao trabalhador que conta com mais de dez anos de serviço na mesma empresa.

diversa aplicável, assegurar a proteção “limitada 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”.

Logo, o inciso I do art. 7º da CF não admite a despedida arbitrária. Já o que se regulamentou transitoriamente não foi a possibilidade de a despedida poder ser arbitrária ou sem justa causa até que sobrevenha lei complementar a regulamentá-la. Essa, na realidade, está vedada constitucionalmente, mas sem prejuízo do legislador complementar a admitir em casos excepcionais, em juízo de razoabilidade. Daí se tem que o que se regulamentou transitoriamente no inciso I do art. 10 dos ADCT foi a proteção a ser assegurada em caso de não ser possível a reintegração. Neste caso, então, salvo regra mais favorável, essa proteção fica “limitada 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”. A despedida arbitrária, pois, está vedada e o que se regulamentou, transitoriamente, foi a proteção respectiva para a hipótese de não ser aconselhável a nulidade do ato de rompimento desmotivado por vontade arbitrária do empregador.

Assim, é incompatível com os princípios da valorização do trabalho humano e da busca do pleno emprego interpretar o inciso I do art. 7º da CF como regra autorizadora da despedida arbitrária, desde que paga uma indenização compensatória, “dentre outros direitos”. Em assim se pensando, na realidade, o constituinte estaria dando com uma mão (a garantia do emprego) e a retirando com outra (com o pagamento da indenização), atentando contra a valorização do trabalho humano e contribuindo para o desemprego. Estar-se-ia, na realidade, estabelecendo a possibilidade da “desapropriação”, por vontade arbitrária do empregador, do direito fundamental da proteção contra a despedida arbitrária, “mediante justa e prévia indenização em dinheiro” (que, no caso, nem é justa, nem ocorre de forma prévia), “dentre outros direitos”.

A partir dessas premissas, então, cabe interpretar a regra do art. 487 da CLT conforme a Constituição, de modo que somente se assegurar ao trabalhador, já que compatível com a liberdade de ofício, o direito de, “[n]ão havendo prazo estipulado”, rescindir (pedir demissão), “sem justo motivo” (de forma arbitrária; denúncia vazia), o contrato de emprego, assegurada a concessão do aviso prévio.

Ou seja, a CF veda a despedida arbitrária ou sem justa causa, isto é, a despedida sem motivação, por denúncia vazia, ao livre arbítrio ou capricho do empregador, estabelecendo, ainda, que, se ela tiver que ser concretizada, a lei complementar preverá uma indenização compensatória, “dentre outros direitos”, a ser paga ao trabalhador. Mas, transitoriamente, na ausência dessa lei e da omissão contratual ou em norma coletiva, a proteção (em substituição à indenização compensatória “dentre outros direitos”) fica “limitada 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”.

A partir do texto constitucional, então, pode-se concluir que ao empregador não é assegurado a faculdade contratual potestativa de romper o contrato de emprego a seu livre arbítrio (despedida arbitrária). Assim, revela-se tecnicamente equivocado se afirmar que o empregador tem direito potestativo ou a faculdade assegurada em cláusula potestativa de despedir arbitrariamente o empregado.

Daí se tem que, em ocorrendo a despedida por livre arbítrio do empregador, duas consequências podem advir. A primeira, enquanto regra geral, é considerar nulo o ato, pois vedada essa cláusula potestativa, não se gerando qualquer efeito ao ato vedado (art. 122 do CC), reconstituindo-se a situação jurídica anterior (reintegração do empregado). A segunda seria, em não sendo possível o retorno ao status quo ante (a reintegração do empregado), assegurar uma indenização compensatória ao

prejudicado, tal como admitido no texto constitucional, “dentre outros direitos”.

6 CONCLUSÃO

A partir do exposto se pode concluir que por direito potestativo se deve entender o poder conferido, em lei, a alguém, para a produção de um efeito jurídico, mediante a declaração de vontade de seu titular, independentemente da vontade alheia, ainda que integrada por uma decisão judicial, sem que o atingido por este ato possa a ele se opor.

Estar-se diante de um verdadeiro ou absoluto direito potestativo quando do ato sujeito ao livre arbítrio não se gere qualquer direito ao sujeitado. O direito potestativo será relativo (ou parcialmente potestativo) quando, da prática do ato sujeito ao livre arbítrio do titular do direito, decorra a obrigação dele satisfazer uma obrigação.

O direito potestativo, por sua vez, não decorre da vontade da pessoa que fica sujeito a ele. Logo, não se pode falar em direito potestativo numa relação contratual. As partes, porém, podem, numa relação contratual, firmar uma cláusula de natureza potestativa, cuja execução fica ao livre arbítrio de um dos contraentes. Neste caso, a faculdade potestativa encontra respaldo na vontade do co-contratante.

A legislação brasileira, porém, enquanto regra geral (Código Civil), veda a pactuação de cláusula potestativa. Ela, porém, pode ser pactuada se prevista em lei mais especial.

A Constituição Federal, por sua vez, veda a despedida arbitrária. Logo, é vedado contratar cláusula mediante a qual o empregador fica autorizado ao seu livre arbítrio romper o contrato de emprego (despedida arbitrária; denúncia vazia). A Constituição, porém, delegou ao legislador complementar a possibilidade de, em caráter excepcional, em juízo de ponderação e razoabilidade,

estabelecer situações na quais possa ocorrer a despedida arbitrária, assegurado, porém, nestes casos, o pagamento de uma indenização compensatória, “dentre outros direitos” a serem estabelecidos em respectiva norma infraconstitucional.

Transitoriamente, porém, enquanto não regulamentada, por lei complementar, as hipóteses admissíveis de despedida arbitrária (bem como da indenização compensatória respectiva e dos outros direitos), em caso de rompimento arbitrário do contrato de emprego por iniciativa do empregador, não sendo possível a reintegração diante do caso concreto, a proteção do trabalhador fica limitada ao pagamento de uma indenização no valor de quatro vezes “da porcentagem prevista no art. 6º, “caput” e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”.

O art. 10, inciso I, dos ADCT, portanto, apenas regulamentou, provisoriamente, qual deve ser a proteção diante da hipótese concreta da despedida arbitrária quando não possível a reintegração, com a anulação do ato de rompimento contratual, enquanto não regulamenta outra proteção.

A partir somente do texto constitucional, interpretado a partir de seus próprios princípios, regras e valores, resta vedado o estabelecimento de uma cláusula potestativa assegurando, ao livre arbítrio do empregador, a despedida arbitrária.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Sujeitos e Objetos. vol. I. Coimbra: Almedina, 1983, p. 12.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 3ª Turma. REsp 291.631, Rel. Min. Castro Filho, j. 04.10.2001. Diário Oficial da União 15.4.2002. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200001299310&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade n. 493. Brasília. Diário da Justiça. 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.721. Rel. Carlos Britto. J. 11/10/2006. Diário de Justiça de 29/06/2007. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%201721%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade n. 639. Rel. Joaquim Barbosa. J. 02/06/2005. Diário de Justiça de 21/10/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1526920>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandão. J. 25/05/2017. DEJT 02/06/2017. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2759400&digitoTst=60&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0006&submit=Consultar>. Acesso em: 11 ago. 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual**. V. 1, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

LEMOS FILHO, Flávio Pimental de. **Direito potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota Pinto. **Teoria geral do direito civil**, 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

ROMITA, Arion Sayão. **A matriz ideológica da CLT**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, n. 55, p. 5-35, n. 56, p. 5-38, 2013. Porto Alegre: Lex Magister.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

STF, natureza jurídica dos Correios e a despedida dos seus empregados públicos (contradições, casuísmo ou superação dos precedentes)¹

Edilton Meireles²

¹ Este artigo é resultado de pesquisa desenvolvida no âmbito do grupo de pesquisa “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”, liderado pelo Prof. Edilton Meireles, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2745276903507261), e que compõe “Rede de Grupos de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho – RETRABALHO”.

² Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC/SP. Desembargador do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, professor adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

1 INTRODUÇÃO

Nesses últimos anos o STF tem proferido diversas decisões na qual a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) atua como parte interessada.

Naquela na qual afeta o direito do trabalho, o STF decidiu que a despedida do empregado público deva ser motivada, tendo esclarecido, porém, que “não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório” (ED-RE n. 589.998)

Por outro lado, no RE n. 229.696 o próprio STF assentou o entendimento de que a EBCT é uma “pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública”. Importante, ainda, ressaltar que no RE n. 655.283 o STF concluiu que “a natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista”.

A partir dessas três decisões, este trabalho abordará a coerência ou não das decisões do STF, em especial quanto a exigência ou não do prévio contraditório (“processo administrativo”) para a despedida do empregado público da EBCT.

No presente trabalho se utilizará do método dedutivo com revisão da jurisprudência do STF e a interpretação de textos normativos.

2 DA DECISÃO NO RE N. 229.696. NATUREZA JURÍDICA DA EBCT

Quando do julgamento do RE n. 229.696³, encerrado em 16/11/2000, o STF se deparou diante da alegada inconstitucionalidade do art. 12 do Decreto-Lei n. 509/69 que estabelece que

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 229.696. Rel. Min. Ilmar Galvão. Redator Min. Maurício Corrêa. J. 16/11/2000. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>

“A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais”.

Na oportunidade, o Relator, Min. Ilmar Galvão, votou pela inconstitucionalidade da expressão “impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços”, fundado no argumento de que a EBCT não prestaria um serviço público inerente ao Estado, “mas de atividade econômica exercida em forma de monopólio estatal, o que, como visto, não pode conferir à ECT posição privilegiada em face das empresas privadas” (fls. 5 do acórdão).

O Min. Maurício Corrêa, porém, divergiu por entender que a EBCT é uma prestadora de serviço público e que “o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição” (fls. 10 do acórdão).

Em seu voto, o Min. Maurício Corrêa ressalta que a exploração da atividade econômica pela EBCT “não importa sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, pois sua participação neste cenário está ressalvada pela primeira parte do artigo 173 da Constituição Federal (“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição...), por se tratar de serviço público mantido pela União Federal, pois seu orçamento, elaborado de acordo com as diretrizes fixadas pela Lei n. 4.320/64 e com as normas estabelecidas pela Lei n. 9.473/97 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), é previamente aprovada pelo Ministério..., sendo sua receita constituída de subsídio do Tesouro Nacional...” (fls. 11-12 do acórdão).

[processos/detalhe.asp?incidente=1710925](#). Acesso em: 04 abr. 2021. A presente referência serve para todas as demais de modo a se evitar a repetição desnecessária.

Já o Min. Nelson Jobim acompanhou essa divergência entendendo que a EBCT não explora uma atividade econômica, como se fosse “um braço do estado-empresário”, mas, sim, presta um serviço público que a Constituição Federal sonhou ao “livre mercado” (fls. 40 do acórdão).

O Min. Carlos Velloso, por sua vez, acompanhou a divergência, apontando que a EBCT, “além de não estar, portanto, equiparada às empresas privadas, integra[m] o conceito de fazenda pública” (fls. 88 do acórdão). E com estes fundamentos, seguiram-se os votos dos Ministros Celso de Mello, Moreira Alves e Sydney Sanches.

Ao final, por maioria, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, o STF reconheceu a constitucionalidade do referido dispositivo infraconstitucional por entender que à EBCT “é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços”, diante da “não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” (ementa).

Conclui-se, ainda, que a EBCT é uma “empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido”, daí porque sujeita ao “regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal” (ementa).

Vale ressaltar que, coerente com essa decisão, o STF, na ação civil originária (ACO) n. 803⁴, decidiu que a EBCT goza dos mesmos privilégios dos entes públicos quanto à imunidade

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação civil originária n. 803. Rel. Min. Celso de Mello. J. 26/11/2014. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2319968>. Acesso em: 04 abr. 2021. A presente referência serve para todas as demais de modo a se evitar a repetição desnecessária.

tributária recíproca. Logo, os entes federados não podem impor a cobrança de tributos em face da renda e patrimônio da EBCT.

3 DECISÃO NO RE N. 589.998. DESPEDIDA MOTIVADA. DISPENSA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Em 20/03/2013, o STF se deparou com a questão relacionada à exigência de motivação do ato de despedida do empregado público da EBCT.

No caso, o TST havia decidido que “A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, visto que a empresa goza das garantias atribuídas à Fazenda Pública. Decisão recorrida em consonância com a Orientação Jurisprudencial 247, item II, da SBDI-1 desta Corte (fls. 211)”.

Em relação esta questão o TST mantinha o entendimento, revelado no enunciado da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-1, de que “II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”.

Ou seja, o TST, em outras palavras, havia entendimento de que, como a EBCT era equiparada à fazenda pública, daí decorria a exigência da prévia motivação para despedida de seus empregados.

O STF, quando do julgamento RE n. 589.998⁵ veio a confirmar essa conclusão. Nessa oportunidade, o Min. Relator Ricardo Lewandowski chegou a asseverar que “Com efeito, entendo

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 589.998. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 20/03/2013. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=RE&numeroProcesso=589.998>. Acesso em: 04 abr. 2021. A presente referência serve para todas as demais de modo a se evitar a repetição desnecessária.

que o dever de motivar o ato de despedida de empregados estatais, admitidos por concurso, aplica-se não apenas à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, porquanto, conforme diversos julgados desta Corte, v.g. ADI 1.642/MG, Rel. Min. Eros Grau⁴, não estão alcançadas pelas disposições do art. 173, § 1º, da Constituição Federal” (fls. 6 do acórdão).

Apontou que “... a motivação do ato de dispensa, na mesma linha de argumentação, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir, razão pela qual se impõe, na espécie, não apenas seja a despedida motivada como precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório, quando lhe seja imputada conduta desabonadora, porquanto, além de conferir-se a necessária publicidade à demissão, ficará o ato devidamente documentado e arquivado na empresa, permitindo seja a sua fundamentação a qualquer momento contrastado às normas legais aplicáveis” (fls. 9 do acórdão).

O Min. Relator, porém, adiante esclareceu que não havia necessidade de procedimento prévio com garantias de contraditório, mas apenas um “procedimento formal e que o ato seja motivado, minimamente formal” (fls. 18 do acórdão).

Ao voto do Relator se seguiu longos debates, mas todos confluindo no mesmo sentido, sem maiores acréscimos de fundamentação.

Cumpre, porém, destacar que nesse julgamento o Min. Ayres Britto lembrou que o STF já havia reconhecido “à ECT uma situação jurídica equiparável à própria Fazenda Pública” (fls. 21 do acórdão) e que “os Correios não desempenham atividade econômica e sim serviço público” (fls. 24 do acórdão).

De relevante o voto do Min. Teori Zavascki que ressaltou que “Nas circunstâncias, o mais apropriado e compatível com o

sistema constitucional é o de atribuir limites estritos aos efeitos decorrentes dos privilégios e garantias reconhecidos à ECT, a fim de contê-los aos domínios tributário ou processual que lhe são próprios. Não há uma razão lógica ou jurídica que imponha um elo de vinculação necessária entre os privilégios especiais — de natureza processual e tributária — assegurados à ECT, no que diz respeito aos serviços que presta em caráter de monopólio constitucional, e o regime jurídico que deve disciplinar as suas demais relações de direito, notadamente as que dizem respeito aos seus servidores. É nesse sentido, aliás, a jurisprudência de ambas as Turmas do STF (AI 615.512-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 05.05.2009, DJe 04.06.2009; AI 516.230-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15.05.2007, DJe 22.06.2007)” (fls. 79 do acórdão).

Esse julgamento, porém, foi complementado em embargos de declaração, julgados cinco anos depois, em 10/10/2018⁶. Nessa outra oportunidade se concluiu que “A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório” (ementa).

Verifica-se, assim, que no RE n. 589.998 se definiu que os Correios se equipara à fazenda pública, salvo nas relações mantidas com seus empregados. Daí porque, para despedida dos seus empregados é dispensável o prévio procedimento administrativo, bastando uma simples “exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa”.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em recurso extraordinário n. 589.998. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 10/10/2018. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681>. Acesso em: 04 abr. 2021. A presente referência serve para todas as demais de modo a se evitar a repetição desnecessária.

4 DA DECISÃO NO RE N. 655.283. NATUREZA DO ATO DE DESPEDIDA DE EMPREGADO PÚBLICO

Neste estudo é importante, ainda, destacar a recente decisão do STF, adotada no RE n. 655.283⁷, julgado em março de 2021 (em Sessão Virtual de 05/03/2021 a 12/03/2021).

Quando do julgamento desse recurso extraordinário o STF se debateu quanto a competência para apreciação de mandado de segurança contra ato de despedida de empregado público da EBCT.

O Min. Relator Marco Aurélio, em recurso extraordinário interposto pela EBCT, votou no sentido de reconhecer que o ato de despedida do empregado público, no caso concreto, teria a natureza de “ato de autoridade federal”. Assim, considerando que antes da EC n. 45/04 competia à Justiça Federal a apreciação do mandado de segurança contra ato de autoridade federal e que a sentença de primeiro grau foi proferida antes desta alteração constitucional, tendo em vista o precedente estabelecido no Conflito de Competência n. 7.204, conclui, diante do caso concreto, caberia manter a competência do juízo de origem, qual seja, a Justiça Federal.

O Min. Relator, portanto, com fundamento no disposto no inciso IV do art. 114 da CF, com a redação dada pela EC n. 45/04, reconheceu a competência da Justiça do Trabalho, por envolver questão afeta à sua jurisdição, mas, diante do caso concreto, manteve a competência da Justiça Federal.

O Min. Edson Fachin, porém, divergiu por entender que “a natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativo e não trabalhista, o que atrai a

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 655.283. Rel. Min. Marco Aurélio. Sessão Virtual de 5.3.2021 a 12.3.2021. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4132643>. Acesso em: 04 abr. 2021. A presente referência serve para todas as demais de modo a se evitar a repetição desnecessária.

competência da Justiça Comum para julgar a questão” (fls. 15 do acórdão).

O Min. Alexandre de Moraes, em voto mais substancial, seguiu essa mesma trilha afirmando que “O mandado de segurança impetrado na origem tem como cerne a impugnação de ato jurídico que não se origina de relação de trabalho. Se tal estivesse presente, então caberia a atuação da justiça especializada, pois dotada de órgãos que se debruçam cotidianamente sobre os fatos atinentes à relação de emprego (muitas vezes quanto à própria existência dela) e que por isso mesmo detém melhores condições para apreciar toda a trama dos delicados aspectos objetivos e subjetivos que permeiam a relação de emprego bem como as correspondentes controvérsias que se instauram entre trabalhadores e empregadores (CC 7.204, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 9/12/2005)” (fls. 22 do acórdão).

Ressaltou, então, que “Na hipótese, entretanto, evidencia-se a competência da Justiça Federal para o julgamento da causa (*ratione personae*), eis que o ato impugnado emana de autoridade federal e se dirige ao comando gerencial de empresa estatal federal, presente que empresas públicas e sociedades de economia mista federais vinculam-se à União Federal, que exerce controle sobre elas” (fls. 22 do acórdão).

Daí porque conclui que “as questões concernentes à relação jurídica material subjacente ao que se debate nestes autos, estabelecida entre a ECT e seus empregados, não são hábeis a deslocar a competência para a justiça trabalhista” (fls. 22/23 do acórdão).

O Min. Dias Toffoli, no ponto aqui debatido, acompanhou a divergência aberta pelo Min. Edson Fachin, sem acréscimo de fundamentação. Já a Min. Rosa Weber, porém, assentou o entendimento de que seria “... incorreta a ideia de que a demissão de empregado público configure matéria constitucional-administrativa. Controvérsia jurídica a envolver a validade

da manutenção de vínculo empregatício constitui matéria marcadamente trabalhista, a atrair a competência da especializada Justiça do Trabalho. Com efeito, embora o empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista seja contratado por meio de prévia aprovação em concurso, em atendimento a comando constitucional, todas as questões relacionadas ao vínculo empregatício (CF, at. 173, § 1º, II) formado com a empresa estatal, desde a admissão até a extinção do contrato de trabalho, configuram matéria submetida à competência da Justiça Laboral” (fls. 41-42 do acórdão).

O Min. Roberto Barroso, por sua vez, sem adentar profundamente no tema, também concluiu que “a natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativo e não trabalhista, o que atrai a competência da Justiça Comum para julgar a questão” (fls. 60 do acórdão).

Seguindo-se a divergência, votaram os Mins. Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Não participaram do julgamento os Mins. Luiz Fux (impedido), Ricardo Lewandowski e Nunes Marques.

Verifica-se, assim, que, de certo modo coerente com o decidido no RE n. 229.696, o STF concluiu firmando a tese de que “A natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista, o que atrai a competência da Justiça comum para julgar a questão”.

5 INCOERÊNCIA DAS DECISÕES OU SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Vistos as decisões mencionadas acima algumas conclusões claras podem ser extraídas.

A primeira delas é a de que o STF tem ampla e pacífica jurisprudência definindo que os Correios (EBCT ou ECT) é uma pessoa jurídica de natureza pública, equiparada à Fazenda Pública, gozando o privilégio da impenhorabilidade de seus bens,

rendas e serviços, ficando submetido ao regime do precatório, sendo, ainda, titular da imunidade tributária recíproca.

O STF, ainda, no RE n. 229.696, decidiu que os Correios seriam equiparados à Fazenda Pública diante da “não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Observe-se que se concluiu, como consta na ementa, que aos Correios não se aplicaria o regime próprio das empresas privadas, “inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. E No que se refere às obrigações tributárias, o STF tem reiterada a sua jurisprudência, tanto que assegura aos Correios a imunidade tributária (ACO n. 803).

Contudo, de forma contraditória, casuística-discriminatória ou superando em parte seu precedente, ao apreciar a questão quanto a exigência da motivação do ato de despedida do empregado público dos Correios, no RE n. 589.988, o STF concluiu que bastava uma simples motivação, dispensando-se o prévio procedimento administrativo. Em resumo, como já transcrito acima: “A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório” (ementa).

A decisão seria contraditória no ponto no qual reafirma a natureza dos Correios como entidade equiparada à Fazenda Pública, mas exclui dessa equiparação às relações jurídicas mantidas com seus empregados. Mas por qual razão? Não se pode responder a essa pergunta com a simples afirmação de que ela seria consequente do fato dos Correios manter com

seus empregados vínculo jurídico de “natureza privada”. Isso porque os empregados públicos mantêm, em verdade, vínculo de natureza público-trabalhista com os entes públicos, assim como os servidores públicos mantêm vínculo de natureza público-administrativo.

Aqui, data venia, o STF incorreu no mesmo erro de diversos doutrinadores trabalhistas em interpretar a Constituição conforme a CLT e não o inverso. Ora, é preciso deixar claro que a Constituição estabelece, expressamente, que a Administração Pública direta tanto pode manter uma relação jurídica de natureza constitucional-administrativa, como de natureza constitucional-trabalhista, cabendo a cada ente de direito público interno fazer sua opção por um ou outro, instituindo o regime jurídico único. E mais, ela admite até a existência dos dois regimes em caráter permanente, ao prever a possibilidade, em seu art. 198, § 5º, da lei federal definir sobre o regime jurídico dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias. E esta lei (n. 11.350/2006) definiu que cabe a cada ente público fazer a sua opção quanto ao regime jurídico (art. 8º). E o que ocorre em diversos entes federados é que eles mantêm o regime jurídico único de natureza administrativa, ao lado da relação de emprego público com os agentes de saúde ou de endemias.

Diga-se, ainda, que a Lei n. 11.350/06 estabeleceu que os agentes de saúde ou de endemia contratados pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, ente integrante da Administração Pública Federal direta, submetem-se “ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT” (art. 8º), ainda que existente o regime jurídico único estatutário a reger as relações com os trabalhadores públicos da União (Lei n. 8.112/90).

Na realidade, o que aqui importa destacar é que o regime de emprego público é “essencialmente público”. E ao se aplicar às relações mantidas com os empregados públicos a mesma

legislação incidente às relações privadas de emprego não se quer transformar aquelas em relações de natureza privada. Equiparam-se os direitos dos trabalhadores públicos e privados, mas não se transforma a natureza jurídica da relação. E tanto isso é verdade que a própria Constituição impõe uma série de regras que somente se aplicam à relação de emprego público, a exemplo da contratação após prévia aprovação em concurso público, etc.

Daí se tem, então, que, em verdade, o STF incorreu em uma decisão casuística-discriminatória para com os trabalhadores. Isto porque, assegurou aos Correios os direitos inerentes à fazenda pública em todas as suas relações jurídicas, inclusive a imunidade tributária, salvo quanto aos vínculos mantidos com seus empregados. A este, quando muito, apenas se impôs aos Correios o dever de motivação da despedida (uma esmola), sem “necessidade de procedimento prévio com garantias de contraditório”, mas apenas um “procedimento formal e que o ato seja motivado, minimamente formal” (fls. 18 do acórdão, no RE n. 589.998). Isso sem querer mencionar que a despedida, mesmo do empregado privado, há de ser motivada (inciso I do art. 7º da CF).

E vejam que, no RE n. 229.696, o STF concluiu que aos Correios não se aplicaria o regime próprio das empresas privadas, “inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” (ementa).

Poder-se-ia, no entanto, afirmar que o STF estaria, na realidade, apenas superando seu precedente anterior (RE n. 229.696), estabelecendo uma distinção. Ou seja, como afirmado pelo Min. Teori Zavascki, “Nas circunstâncias, o mais apropriado e compatível com o sistema constitucional é o de atribuir limites estritos aos efeitos decorrentes dos privilégios e garantias reconhecidos à ECT, a fim de contê-los aos domínios tributário ou processual que lhe são próprios. Não há uma razão lógica ou jurídica que imponha um elo de vinculação necessária entre

os privilégios especiais — de natureza processual e tributária — assegurados à ECT, no que diz respeito aos serviços que presta em caráter de monopólio constitucional, e o regime jurídico que deve disciplinar as suas demais relações de direito, notadamente as que dizem respeito aos seus servidores” (fls. 79 do acórdão).

Na oportunidade os demais ministros do STF não foram expressos neste sentido, adotando o sustentado pelo Min. Teori Zavascki. Mas implicitamente assim concluíram. Daí, então, poder-se-ia afirmar que a equiparação dos Correios à Fazenda Pública gozaria de uma exceção, qual seja, nas relações mantidas com os seus empregados. Mas, ainda que assim fosse, essa distinção se revela, em si, discriminatória ou equivocada na origem. Isto porque ou bem discrimina os trabalhadores sem qualquer razão justificável, ou parte do equívoco de que a relação jurídica mantida pelo empregado público do ente da administração pública direta é de natureza privada, interpretando-se a Constituição “conforme a CLT”. Mas em momento algum a Constituição afirma que a relação de emprego público é de natureza privada. É, na realidade, de natureza constitucional-trabalhista-público.

Não fossem as inconsistências e contradições acima mencionadas, o STF, mais recentemente, no ano de 2021, ao julgar o RE n. 655.283, alcançou a conclusão de que o ato de despedida do empregado público é de natureza “constitucional-administrativo” e não “trabalhista”.

Vejam: anteriormente, ao decidir sobre a exigência da motivação para despedida do empregado dos Correios, o STF afirmou que apenas se exigia a motivação, dispensando-se o prévio procedimento administrativo, já que a relação jurídica era de “natureza privada”. Agora, no entanto, no RE n. 655.283, conclui que o ato de despedida é de natureza “constitucional-administrativo” e não “trabalhista” (sem o qualificativo constitucional), daí porque a competência para apreciar a demanda derredor da legalidade ou não da despedida seria da Justiça

Federal (em relação aos empregados públicos federais) e da Justiça Estadual em relação aos outros empregados públicos estaduais ou municipais.

Das três uma: ou o STF foi, mais uma vez, contraditório, ou foi casuístico-discriminatório (agora contra a Justiça do Trabalho) ou estabeleceu mais uma distinção, criando uma exceção na exceção.

A contradição é patente e dela não é preciso se estender. Da contradição se extrai, no entanto, uma decisão discriminatória, pois com a decisão se pretende, em realidade, afastar da Justiça do Trabalho a competência para apreciar as demandas nas quais se questiona a legalidade da despedida, com eventual reintegração ao posto de trabalho público.

A favor do STF, porém, pode-se afirmar que ele, na realidade, estaria avançando, superando, mais uma vez seus precedentes, para estabelecer uma outra distinção. Qual seja, os Correios se equipara à Fazenda Pública em todas as suas relações jurídicas, salvo as mantidas com seus empregados, exceto quanto ao ato de despedida. Ou seja, a relação mantida com os empregados dos Correios seria de “natureza privada”, mas o ato de despedida teria natureza “constitucional-administrativo” (logo, público).

Se assim for, estar-se-á diante da superação do precedente posto no RE n. 589.998 quando este dispôs que era dispensado o prévio procedimento administrativo para despedida do empregado dos Correios, bastando uma simples motivação. Isso porque, se se trata de ato “constitucional-administrativo”, logo se dele resulta “em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza” (art. 28 da Lei n. 9.784/99) é obrigatório ser precedido de prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e o direito de defesa. Logo, o ato constitucional-administrativo de despedir o empregado público deve ser precedido do

prévio processo administrativo, assegurado o direito de defesa e do contraditório, pois dele (ato de despedida) decorre “ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos”.

Terá sido esta a intenção do STF? Em sendo, ele estaria avançando, criando, ainda que equivocadamente e de forma discriminatória, uma exceção à exceção. Do contrário, o STF estaria sendo apenas casuístico-discriminatório em relação aos trabalhadores e à Justiça do Trabalho.

Ressalte-se, porém, que se afirmou que a decisão foi equivocada (podendo, porém, ser melhor esclarecida no julgamento de eventuais embargos de declaração no RE n. 655.283), pois ela, mais uma vez, procura interpretar a Constituição “conforme a CLT”. Parte-se do pressuposto equivocado de que os trabalhadores são ou meramente infraconstitucionais-celetistas ou são constitucionais-administrativos.

Veja-se que o STF concluiu que o ato de despedida do empregado público é de natureza “constitucional-administrativo”. Contudo, o STF não aponta por qual razão ele não é de natureza constitucional-trabalhista?

Observe-se. Como dito acima, a Constituição, na realidade, prevê dois regimes de trabalho a ser mantidos com os trabalhadores da Administração direta: o regime de direito administrativo e o regime de direito do trabalho. Ambos têm assento na Constituição. Logo, ambos são constitucionais. Logo, um seria constitucional-administrativo, outro constitucional-trabalhista (-público).

O regime administrativo é regulado pela própria Constituição e pela legislação infraconstitucional de cada ente público de natureza administrativa. Já o regime trabalhista é regulado pela própria Constituição e pela legislação infraconstitucional federal trabalhista, pois reservada à União a competência para legislar sobre direito do trabalho, sem distinção, entre a relação de trabalho de natureza privada e a relação de trabalho de natureza pública.

O que importa, porém, aqui, é destacar que, à luz da Constituição, o ato de demissão do trabalhador público da Administração direta tanto pode ser de natureza constitucional-administrativo (exoneração do servidor público), como de natureza constitucional-trabalhista-público (despedida do empregado público). Se empregado da Administração indireta, o ato seria constitucional-trabalhista-privado.

E o que define a sua natureza ser constitucional-administrativa ou constitucional-trabalhista? A resposta somente pode ser uma: define-se a partir da natureza da relação jurídica mantida entre o poder público e seu trabalhador. Logo, se a relação de trabalho está submetida à legislação administrativa, trata-se de ato constitucional-administrativo. Se a relação de trabalho é regida pela legislação trabalhista, trata-se de ato constitucional-trabalhista.

O STF, porém, partiu do pressuposto de que a Administração Pública, quando despede o empregado público, age na prática de ato de natureza restritamente administrativa como se outra não existisse. Parte-se do pressuposto de que o poder público somente pratica ato de natureza constitucional-administrativo. Ocorre, porém, que a Constituição estabelece claramente que o poder público tanto pode manter uma relação de trabalho constitucional-administrativo, como constitucional-trabalhista. Logo, nas duas hipóteses, estar-se diante de um ato público. Ato do Poder Público. Ato da Administração, seja ele praticado numa relação constitucional-administrativo, seja numa relação constitucional-trabalhista.

Na verdade, deve-se compreender que, à luz da Constituição, interpretando-a a partir de suas próprias regras, e não a partir da CLT, ter-se-iam dois regimes de trabalho: o de natureza pública e o de natureza privada.

O de natureza pública, no entanto, à luz da Constituição, divide-se em dois: o regido pelo direito administrativo (consti-

tucional-administrativo-estatutário) e o regido pelo direito do trabalho (constitucional-trabalhista-“público-celetista”). Tudo isso por opção do constituinte. Ambos são constitucionais e públicos, ainda que, em relação a um deles, seja aplicada a legislação também incidente às relações de trabalho de natureza privada (celetistas),

O fato, porém, de o empregado público do ente da administração direta ser regido, infra-constitucionalmente, pelas regras gerais da CLT não transforma a natureza da relação jurídica para a de direito privado. Na realidade, ela (a relação de emprego mantida com os empregados públicos da administração direta) continua a ser de natureza pública, ainda que, por equiparação prevista na Constituição, a esta relação se aplique a legislação que se adota nas relações de emprego de natureza privada (por opção do constituinte, repita-se). Mas, ainda assim, sem prejuízo da aplicação de uma legislação, ainda que infraconstitucional, mais especial, a exemplo das regras constitucionais de acesso ao emprego público, etc., e das leis infraconstitucionais mais especiais, a exemplo da Lei n. 11.350/06 (que estabelece direitos aos empregados públicos da Administração direta contratados para os empregos de agentes comunitários de saúde ou de endemia).

E é a partir dessa distinção (ato constitucional-administrativo e ato constitucional-trabalhista) que se tem a regra do inciso IV do art. 114 da CF, ao dispor que compete à Justiça do Trabalho apreciar “os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”.

Lembre-se: para caber mandado de segurança na Justiça do Trabalho é preciso se estar diante de um ato de autoridade pública. Ato da administração pública, portanto. Mas à Justiça do Trabalho somente compete apreciar o mandado de segurança se “o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”.

É sabido, ainda, que, regra geral, a matéria sujeita à jurisdição da Justiça do Trabalho é a relacionada à “relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (inciso I do art. 114 da CF).

Logo, diante dessa hipótese de competência, para ser da competência da Justiça do Trabalho se deve estar de um ato praticado pela autoridade pública numa relação de trabalho que envolva a “administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Ou seja, é preciso se ter um ato de autoridade de natureza constitucional-trabalhista ou um ato de autoridade de natureza infraconstitucional-trabalhista praticado no curso da relação de emprego para caber o mandado de segurança na Justiça do Trabalho, sem prejuízo de outras hipóteses (ato da autoridade judicial trabalhista, etc.).

Pode-se acrescentar que, em relação à Justiça do Trabalho, a competência para apreciar o mandado de segurança passou a ser definida em face da matéria objeto do ato da autoridade e não propriamente em decorrência da autoridade coatora. Daí, então, tem-se que para se definir em quais hipóteses o mandado de segurança tem curso na Justiça do Trabalho é preciso apreciar quais são as causas submetidas à jurisdição trabalhista.

Nesse sentido, o art. 114 da CF estabelece que “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”.

A partir da análise dessas oito hipóteses se pode afirmar que em uma delas não se está diante de uma possibilidade da prática de um ato de autoridade de modo a atrair a possibilidade da impetração do mandado de segurança. Seria a hipótese das “ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (inciso VI).

Em outras três hipóteses (incisos IV, V e VIII) o mandado de segurança tem campo para ser impetrado, mas quando diante de ato de natureza judicial. Ou seja, nas hipóteses de mandados de segurança, habeas corpus, habeas data, conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista e na execução das contribuições sociais se tem a possibilidade de impetração de mandado de segurança em face de ato da autoridade judicial praticado nos cursos dos mencionados procedimentos judiciais.

Cuidam-se, pois, de atos de natureza judiciais passíveis de impugnação mediante mandado de segurança.

Já em relação às demais hipóteses (incisos I, II, III e VII) se tem a possibilidade da prática de ato de autoridade a demandar a impetração do mandado de segurança.

Essas hipóteses seriam:

i) ato de autoridade de natureza constitucional-trabalhista adotado no curso de uma relação de trabalho mantido com os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (inciso I do art. 114);

ii) ato de autoridade de natureza constitucional-administrativo, que também pode ser constitucional-trabalhista, quando envolva o exercício do direito de greve (inciso II do art. 114);

iii) ato de autoridade de natureza constitucional-administrativo, que também pode ser constitucional-trabalhista, quando afete a representação sindical (inciso III do art. 114); e,

iv) ato de autoridade de natureza meramente administrativo praticado no curso do procedimento administrativo que resulta na aplicação de penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (inciso VII, art. 114).

Cabe observar que nessa última hipótese (penalidade administrativa) nunca se estará diante de ato de autoridade na qual a Administração participa de uma relação de trabalho. Aqui o ato da autoridade sempre será de natureza meramente administrativa.

Já na primeira hipótese o ato da autoridade pública tem natureza constitucional-trabalhista quando tem origem numa relação de emprego público ou de natureza constitucional-

-administrativo quando tem origem numa relação de trabalho estatutário.

E em relação às outras duas hipóteses (greve e representação sindical) o ato da autoridade tem i) natureza constitucional-administrativo-trabalhista quando praticado numa relação de emprego público (ex.: busca impedir a greve dos empregados públicos; não reconhece a representação sindical destes, etc.); ii) natureza constitucional-administrativo quando oriundo de uma relação de trabalho estatutário (ex.: busca impedir a greve dos servidores estatutários; não reconhece a representação sindical destes, etc.); iii) natureza constitucional-administrativo quando não decorra de uma relação de trabalho mantida pela Administração Pública (ex.: ato administrativo que nega o registro sindical; ato administrativo que atenta contra o exercício do direito de greve dos empregados privados, etc.).

Assim, na forma do inciso IV do art. 114 da CF combinado com os demais incisos deste mesmo dispositivo, que indicam as hipóteses de competência da Justiça do Trabalho, pode-se concluir que ao Judiciário Trabalhista cabe julgar mandado de segurança contra i) ato de autoridade de natureza constitucional-trabalhista adotado no curso de uma relação de emprego mantido com os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (inciso I do art. 114); ii) ato de autoridade de natureza constitucional-trabalhista quando envolva o exercício do direito de greve dos empregados públicos ou privados (inciso II do art. 114); iii) ato de autoridade de natureza constitucional-administrativo quando afete a representação sindical (inciso III do art. 114); e, iv) ato de autoridade de natureza meramente administrativo praticado no curso do procedimento administrativo que resultou na aplicação de penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (inciso VII, art. 114).

Cabe ressaltar, porém, dessas hipóteses aquelas nas quais, de forma expressa, a CF atribui a outro órgão jurisdicional a competência para apreciar o mandado de segurança, a exemplo quando envolve autoridade com foro privilegiado.

Logo, à luz da Constituição, tanto se tem o ato de autoridade de natureza constitucional-administrativo, como o ato de autoridade de natureza constitucional-trabalhista. Daí se tem que, na realidade, o ato de despedida do empregado público dos Correios é ato de natureza constitucional-trabalhista. Ato de autoridade de natureza constitucional-trabalhista.

Não fosse tudo isso, é preciso lembrar que a Lei n. 9.962/2000 dispõe sobre o regime de emprego público da Administração federal direta, autárquica e fundacional. Logo, se os Correios se equipara à Fazenda Pública, caberia adotar as regras dispostas nesta lei para regular os atos de despedidas dos respectivos empregados. E a referida lei, dispõe, em seu art. 3º, que

“O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas”.

A partir desse dispositivo legal, pois, no mínimo, cabe concluir que a despedida de empregado público da Administração direta e dos Correios por equiparação deve ser precedido de “procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo” quando apontado como motivo para afastamento a insuficiência de desempenho.

Cabe lembrar que a Lei n. 9.962/00 surgiu com respaldo na EC n. 19, de 1998, que pretendeu pôr fim ao regime jurídico único, alterando o caput do art. 39 da CF. A alteração constitucional, porém, teve sua eficácia suspensa por força de medida cautelar concedida na ADI n. 2.135 pelo STF.⁸ Essa medida cautelar, no entanto, nada definiu quanto à eficácia da Lei n. 9.962/2000 e quanto aos atos praticados em decorrência de sua vigência. Mas, independentemente do que vier a ser decidido ao final da ADI n. 2.135, a referida lei seria constitucional na parte na qual é aplicável aos empregados mantidos no âmbito da Administração federal direta, a exemplo dos antigos trabalhadores admitidos, sem prévia aprovação em concurso público, antes da instituição do regime jurídico único pela Lei n. 8.112/90. Daí porque essa lei, no mínimo por analogia, seria aplicada aos empregados dos Correios.

6 CONCLUSÕES

Conforme visto, no RE n. 229.696, em 16/11/2000, o STF definiu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo é equiparada à fazendo pública diante da “não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” (ementa).

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação direito de inconstitucionalidade n. 2.135. Reda. Mina. Ellen Gracie. J. 02/08/2007. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>. Acesso em: 04 abr. 2021.

Essa equiparação foi confirmada, ainda, na ação civil originária n. 803, em 26/11/2014, quando se assegurou a imunidade tributária aos Correios por ser esta entidade equiparada à fazenda pública.

Já no recurso extraordinário n. 589.998 o STF, em 20/03/2013, complementando pelos embargos de declaração, julgados em 10/10/2018, estabeleceu uma exceção à regra de equiparação dos Correios à fazenda pública. Na oportunidade definiu que os Correios se equipara à fazenda pública, salvo nas relações mantidas com seus empregados. Daí porque, para despedida dos seus empregados seria dispensável o prévio procedimento administrativo, bastando uma simples “exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa”.

Já mais recentemente, no julgamento do recurso extraordinário n. 655.283, em sessão virtual realizada de 05/03/2021 a 12/03/2021, o STF definiu que o ato de despedida do empregado público da EBCT é de natureza “constitucional-administrativo” e não “trabalhista”, daí porque competiria à Justiça Federal apreciar a ação na qual se questiona a demissão do trabalhador.

Verificou-se, porém, que o STF, com estas decisões, ou se revelou contraditório, ou discriminatório ou adotou seguidamente decisões que superaram, em parte, seus próprios precedentes, estabelecendo algumas distinções.

Pode-se apontar que ocorreu uma distinção ao precedente posto no RE n. 229.696 quando no RE n. 589.998 se definiu que os Correios se equipara à fazenda pública, salvo nas relações mantidas com seus empregados.

Contudo, verificou-se que as razões para essa distinção se revelaram equivocadas, pois mesmo a Fazenda Pública (administração direta) pode manter relações de emprego, submetidos à legislação de natureza pública, ainda que, por equiparação, sejam aplicadas as mesmas regras que regem o contrato de emprego privado. O fato de se aplicar aos empregados públicos

as regras da CLT, por exemplo, não transforma a relação pública mantida pela Fazenda Pública em relação de natureza privada.

Contudo, ao que se deixa entender, o STF, ou foi contraditório, discriminatório ou superou esse último precedente, quando do julgamento do RE n. 655.283, ao fixar a tese de que ato de despedida do empregado público da EBCT é de natureza “constitucional-administrativo” e não “trabalhista.

Ora, se esse ato é de natureza “constitucional-administrativo”, logo a ele se aplicam as regras próprias da Administração Pública, de modo a exigir o prévio procedimento administrativo antes da prática do ato em prejuízo aos interesses do empregado que vem a ser despedido. Ou seja, ou bem o STF superou, ainda que parcialmente, o precedente posto no RE n. 589.998, ou incorreu em contradição ou em decisão discriminatória.

De qualquer modo, constatou-se que essa decisão também se revela equivocada, já que o STF não observou que a Constituição tanto estabelece a possibilidade da prática de ato constitucional-administrativo, como de ato constitucional-trabalhista, já que ela tanto disciplina a relação regida pelo direito administrativo, como aquela subordinada à legislação trabalhista. E o que define a natureza de um ou outro é a natureza da relação jurídica mantida pela fazenda pública com seu trabalhador. Logo, quando diante da exoneração do servidor público (ocupante de cargo público), estar-se-á diante de um ato constitucional-administrativo, pois essa relação é regida pela legislação administrativa. Já quando diante da despedida do empregado público (ocupante de emprego público), estar-se-á diante de um ato constitucional-trabalhista, pois essa relação é regida pela legislação trabalhista.

Pode-se, então, por fim, concluir que o STF, na realidade, ainda não atingiu a maturidade devida para definir, de fato, em toda a sua extensão, qual os efeitos da equiparação dos Correios à fazenda pública, não tendo, ainda, a percepção de que a Cons-

tituição tanto regula o regime de trabalho administrativo, como o regime de trabalho “trabalhista”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação civil originária n. 803. Rel. Min. Celso de Mello. J. 26/11/2014. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2319968>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de declaração em recurso extraordinário n. 589.998. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 10/10/2018. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida cautelar em ação direito de inconstitucionalidade n. 2.135. Reda. Mina. Ellen Gracie. J. 02/08/2007. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário n. 229.696. Rel. Min. Ilmar Galvão. Redator Min. Maurício Corrêa. J. 16/11/2000. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1710925>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário n. 589.998. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 20/03/2013. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=RE&numeroProcesso=589.998>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário n. 589.998. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 20/03/2013. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2627681>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário n. 655.283. Rel. Min. Marco Aurélio. Sessão Virtual de 5.3.2021 a 12.3.2021. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4132643>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SBDI I. Orientação Jurisprudencial n. 247. “SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”. Alterada pela Res. nº 143/2007. DJ 13.11.2007. Brasília. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_241.htm#TEMA247. Acesso em: 04 abr. 2021.

**EXTRA! EXTRA!
EXTRA!
HOMEM-ARANHA
NÃO FAZ
“HORA EXTRA”!**

Geovane de Assis Batista¹

¹ Juiz Substituto do Trabalho da Vara do Trabalho de Valença (TRT5 - Bahia). Mestre (UFBA) e Doutor (UCSF) em Filosofia. Pós-Doutor em Direitos Humanos e Direitos sociais (USAL).

1. INTRODUÇÃO.

A duração do trabalho diário tem início, meio e fim — assim mesmo como o homem em sua teia existencial. A essa dimensão temporal diária, a tradição jurídico-trabalhista nomeia de *jornada de trabalho*, que, entre nós, regra geral, corresponde a oito horas de trabalho, lapso temporal esse inferior aquele em que o *homo faber* era submetido a trabalhar “de sol a sol”.

Malgrado a necessária limitação da duração da jornada por motivo de higienização do corpo e da alma do trabalhador, o legislador consolidado prevê a possibilidade de prestação de trabalho excedente à jornada contratada. Esse fenômeno é significado pela praxeologia e pragmática jurídicas por meio de locuções vocabulares sinonímicas como *hora extra*, *hora-extra*, *hora excedente*, *hora suplementar*, *hora extra-ordinária*, *hora extraordinária* — expressões multiformes que camuflam um problema de ordem ortográfica e semântica, onde o *Extra! Extra! Extra: Homem-Aranha não faz “hora extra”* se vale de uma delas por meio de retórica romântica para dizer de sujeito e objetos ficcionais relacionados ao mundo do trabalho.

Olhando de perto, desde de uma perspectiva jurídica, o Direito do Trabalho, enquanto ramo independente e autônomo, possui institutos com linguagem e acepções próprias, razão pela qual a pragmática legislativa, doutrinária e jurisprudencial não pode vacilar na vigilância rigorosa de locuções ou encadeamentos vocabulares substanciados pela unidade sintagmática e semântica a ele imanentes, sob pena de arranhar e/ou ferir de morte seu caráter científico, como parece suceder no fluxo da linguagem que nomeia o fenômeno do trabalho excedente à duração normal do trabalho.

O presente artigo tem lugar com objetivo básico de investigar e identificar a expressão vocabular inerente ao tempo excedente à jornada ordinária de trabalho que melhor atenda às determinações do *Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa*, bem assim à exigência de cientificidade do Direito do Trabalho, além de demonstrar como o labor em tempo extraordinário tem se tornado ordinário, e, pior, com manifesto prejuízo à saúde físico-mental do empregado. Nessa objetivação, o texto se revela discursivo e explicativo com repouso num marco teórico hipostasiado pela doutrina e doméstica jurisprudência pretoriana.

1.1. Extra, Extra, Extra: Homem-Aranha não faz “hora extra”.

Num movimentar-se aéreo, quase autômato, na fria madrugada de Nova York, entre edifícios, avenidas e vielas, o irrequieto *Spiderman* sacava de sua *playlist* a velha e boa canção tocada em todos os tempos²:

*Homem-Aranha, Homem-Aranha.
Aí vem o Homem-Aranha.
Com a teia infernal. Em combate contra o mal.
Cuidado, ele é o Homem-Aranha
Aventura ele tem. Venha ver você também.
Cuidado, teia da confusão.
Ele tem pela mão.
Ele é o Homem-Aranha... Aranha...³.*

Mas desse instante estético musical o Homem-Aranha fora abruptamente divorciado por uma estranha notícia estampada na capa do renomado *Clarín Diário*, onde o rabugento editor-chefe, John Jonah Jamerson (J.J.J), fez questão de imprimir em letras itálicas: *Extra! Extra! Extra! Homem-Aranha não faz “hora extra!”*.

2 Desde o televisor preto-e-branco ao colorido: o da tela em papel celofane era chique e invejável; todos queriam tê-lo; melhor vaidade não havia no mundo infanto-juvenil!

3 Tema Original: “Spiderman”. Composição: Paul Francis Webster and Robert “Bob” Harr. (Consulte-se: <https://infantv.com.br> - Acesso: 02.03.2022).

Com a elasticidade de suas teias infernais, não hesitou em avocar o *tabloid* aos olhos para entender o porquê daquela notícia extraordinária: “Como assim, eu não faço ‘hora extra’?” “Que teia... digo, que notícia *da confusão é essa?*” “Que deseja, dessa vez, o ranzinza J.J.J?” “Não teria algo melhor para noticiar?” — Indagava-se o Homem-Aranha, em seus voos intermitentes e rasantes sob os sítios vazios da abóbada celeste nova-iorquina.

De fato, para sair dessa aporia, a leitura da matéria lhe parecia o único caminho, porque, no *combate contra o mal*, o herói de vestimenta com as cores de um herói de aço dos idos 59 e 88, sorria incrédulo: talvez porque, intuitivamente, soubesse que não poderia duvidar de que, efetivamente, nunca fizera *hora extra*; nem ele, nem seu hospedeiro; nem o herói, nem Peter Park. Para entender essa certeza *a priori* do Homem-Aranha e investigar a possibilidade de uma certeza ou evidência de razão, importa, antes, responder: *Que é isto, a “hora extra”?*

1.2. Que é isto, a “hora extra”?

Ao espanto do aracnídeo-pensante, impõe-se investigar, analiticamente, o significado dos termos “hora” e “extra” — primeiramente, sob a perspectiva do *senso-comum* e, por segundo (e, em especial), sob a do Direito do Trabalho, com o que se revelará a possibilidade de ratificação *a posteriori* da hipótese midiática negativa segundo a qual o Homem-Aranha não faz “hora extra”.

Pois bem. A expressão “hora extra” compreende um conceito composto que desafia prévia investigação e decomposição de cada um dos léxicos relacionados, de modo que seja possível chegar ao desconhecido pelo fluxo do conhecido.

Com efeito, Antônio Houaiss diz que *hora*, entre tantos significados, é o segmento de tempo equivalente a sessenta minutos; ou vigésima quarta parte de um dia/solar; ou do tempo em que o planeta Terra leva para girar em torno de si mesmo⁴.

4 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p.1550.

A hora pode ser sabida tanto no relógio analógico como no digital, de tal maneira que, por qualquer forma que seja aferida, constitui uma *unidade de medida do tempo*.

Mas, que é isto, pois, o tempo? No estupor frente ao tempo, Santo Agostinho confessa que: *Se ninguém me pergunta, eu sei. Porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei*⁵. Mas, de pronto, o musicista baiano Jauperi⁶ canta que o tempo não passa de uma antinomia: *Vixe, mainha... O tempo é tudo... O tempo é nada!* Para quem se filia à concepção de que “o tempo é tudo”, parece não ter dúvida quanto à crença de que “tudo” representa a tríade *tempo passado* (As frases e orações até aqui formuladas), *tempo presente* (A leitura das palavras deste parêntese) e *tempo futuro* (Os argumentos do Homem-Aranha contrapostos à asserção negativa do não fazer “hora extra”). Ora bem, a essas três fases temporais, o senso comum e a tradição filosófica costumam chamar de *tempo objetivo, físico, mecânico, medível, cósmico, quantitativo, contábil*, ou, conforme Aristóteles, *tempo cronológico*.

Nada obstante, quando Agostinho, nas *Confissões*, declara não saber explicar o tempo a quem lhe pergunta, a confissão negativa é mais aparente que real; não passando, por assim dizer, de mera licença socrática⁷, já que o santo africano bem sabia falar não só do tempo cronológico como também de um outro tempo, a saber: espiritual. De efeito, a despeito de ter reter o tempo aristotélico (cronológico: passado, presente, futuro), o Santo de Hipona preferiu transcender o significado físico (quantitativo, portanto), valorando o metafísico, o espiritual, psi-

5 AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2004, p. 338.

6 “Jau”, nome artístico do cantante baiano *Jauperi Lázaro dos Santos*. Nascido em Salvador, 27.09.1970. Cantor e compositor brasileiro, cujo estilo incorpora o axé. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org>. Acesso: 12.06.2020.

7 “Só sei que nada sei.”. Sócrates (470-399) se valia do método maiêutico (*maieutikos*: o que age como uma parteira), para extrair as ideias por meio de perguntas, cujas respostas já se encontram no sujeito.

cológico⁸. E assim procedeu por tomá-lo como fenômeno que fixa, na mente, a “impressão do antes, e do depois, que as coisas sensíveis geram no espírito”; por fenômeno que representa o sentimento de presença das imagens que sucederam, ou sucedem ou que hão de suceder.

No âmago da *intencionalidade*⁹ agostiniana, o tempo seria então uma *expectação do futuro*, ou *atenção ao presente* ou *memória do passado*. O tempo seria uma *distensão da alma* pois que possibilita, na mente, a existência do passado, do presente e do futuro — não necessariamente nessa ordem. Como na forma nominal do gerúndio, o homem retém na mente o *presente das coisas passadas*, o *presente das coisas presentes* e o *presente das coisas futuras*. Sob o cariz agostiniano, o tempo é um *durante do antes*, um *durante do agora* ou um *durante do que virá*; enfim, um eterno gerúndio: *Estou escrevendo sobre o tempo que passou, sobre o tempo atual e sobre o tempo futuro a ser materializado com a publicação deste artigo*.

Tem-se, portanto, que o tempo é compreendido nas dimensões temporais significadas por Aristóteles (tempo cronológico: o do calendário, ou do relógio que marca a hora passada, a hora presente e a hora futura) e Agostinho (tempo espiritual: o tempo com fluxo na mente) cuja hora passada, presente e futura já não se encontra no relógio físico, mas, sim, no relógio espiritual, isto é, na mente, de onde, por influxo da memória, pode ser resgatado e representado a qualquer tempo que a circunstância o requisite.

Insista-se, pois: em Aristóteles, a determinação temporal exógena; em Agostinho, a determinação temporal endógena. Dito de outra maneira: no tempo cronológico, a *hora* do relógio,

8 “Psicológico. “[...] o que se refere à consciência do indivíduo, ou seja, às atitudes ou às valorações individuais. Nesse sentido, diz-se, p.ex., que se trata de uma questão puramente psicológica, quando diante de uma questão cuja base não pode ser encontrada nos fatos ou no âmbito de determinado universo de discurso (p.ex. científico, lógico etc.).” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 811).

9 AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, Livro X, p. 355.

do cartão de ponto, do ponto eletrônico, da folha de frequência; enfim, a hora cuja verdade é revelada pela imediatidade da *certeza sensível* capturada pela *percepção* do sujeito percipiente. Já no tempo espiritual, a *hora* percebida e residente na mente/memória; enfim, a hora cuja certeza sensível e verdade-essência é apreendida pela *apercepção*¹⁰, aqui traduzida pelo *movimento dialético da consciência* implicada com a certeza empírica, a percepção e o entendimento¹¹ acerca do fato tempo-cronológico.

Noutros termos, a *apercepção* significa apreensão reflexiva que a mente tem de seus próprios estados internos¹²; traduz-se, enfim, no movimento *noético*, ou seja, naquela atividade que a mente ou intelecto ou a consciência racional faz das próprias percepções (físicas ou abstratas), como aquela realizada pela consciência do empregado sobre a hora suplementar trabalhada, transportando-a do cartão de ponto para seu interior (mente), para, aí, reflexivamente, suscitar expectativas (positivas e negativas) acerca do recebimento, ou não, do salário com adicional legal, convencional, ou dissidial.

Ditas essas coisas sobre a *hora* físico-cronológica (passado, presente e futuro) e a hora espiritual-psicológica, é tempo, então, de volver a vista para o significado do segundo léxico da unidade conceitual “hora extra”: isto é: do termo “extra”. Pois bem. Segundo Houaiss, “extra” significa o que ou aquilo que se encontra na “parte de fora”, “externamente”, “fora de”, “além de”, “à exceção de”, “que é de fora”¹³. *Extra* também se diz daquilo que não é “ordinário” ou “comum”; ou daquilo que ocorre “além

10 Sobre a *apercepção*, conferir: ABBAGANANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 71

11 Sobre os movimentos dialéticos do fenômeno da *apercepção*, consulte-se: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. – 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, pp. 83-151. Ainda sobre o termo *entendimento*, enquanto síntese ou reunião das faculdades da alma: *atenção, comparação, juízo, reflexão, imaginação e raciocínio*, consulte-se: CONDILLAC, Étienne Bonnot. *Lógica ou os primeiros desenvolvimentos da arte de pensar*. São Paulo: Abril Cultural, pp.90-93 (*Os Pensadores*).

12 LEIBNIZ *apud*: BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Z. Editor, 1997, p.18.

13 *Ibidem*, p. 1292.

ou fora do padrão normal”; que se coloca, ou foi colocado, fora das expectativas habituais, ou do estabelecido, ou programado, ou desejado. Igualmente, significa o trabalho ou tarefa suplementar/adicional (“Conseguiu um trabalho *extra* aos sábados”; “Além do emprego, tinha um *extra* que lhe rendia bons trocados”). Diz-se, ainda, do *pagamento* por certo trabalho ou tarefa.

Desses significados, é possível inferir a existência multiforme linguística da unidade “*extra*” por meio da tríade *pertencimento-tempo-pagamento*. Na *categoria pertencimento*, desde uma perspectiva negativa, *extra* é aquilo que não é *intra* (“dentro de”, “no intervalo de”, “durante”, “o recinto de”); *extra* é, por assim dizer, um *não-pertencimento*). A propósito, tome-se por ilustração a expressão midiática *Extra! Extra! Extra! Homem-Aranha não faz hora extra!* O sentimento negativo aí substanciado reflete informação inusitada do *Clarín Diário*, já que reporta o Homem-Aranha com temática *fora do padrão, fora da ordem*; enfim, manchete *para além do que ordinariamente é publicado*, revelando-se mesmo estranha, na medida em que o *intra* do periódico é o discurso contrário ao Homem-Aranha, colocando-o sempre como um anti-herói, um inimigo do cidadão nova-iorquino — apesar de seu ordinário ser o do *combate contra o mal*. Vê-se que o “*extra*”, aí, parece revelar-se na estranha notícia do envolvimento do Homem-Aranha em atitude refratária a trabalho extraordinário, situação que refoge ao padrão jornalístico das costumeiras críticas encetadas ao herói.

Referentemente à *categoria tempo* na unidade-essência do conceito *extra*, conota-se, nele, a também ideia justaposta de não-pertencimento, precisamente por reportar a um estágio temporal posterior ao frequente e ordinariamente em curso. Tomem-se de empréstimo a Houaiss as proposições: (i) *Recebeu um dinheiro “extra” por ter trabalhado até mais tarde*; (ii) *Recebeu o pagamento de manhã, mas o “extra” só à tarde*.

Finalmente, a *categoria pagamento*. Pelo exercício excedente, suplementar ou adicional ao tempo previamente

ajustado para execução de uma tarefa, atividade ou trabalho, assegura-se ao seu executor direito ao pagamento de um *extra*. Nessa caracterização, “extra” constitui um *plus salarial*, ou, querendo, um acréscimo ao salário mensal, formando, assim, a remuneração mensal ($R = S + HE$, onde “R” é igual a remuneração; “S”, a salário; “H”, a hora; e “E”, a extra). É nesse sentido, pois, que se diz que fulano recebeu *pagamento do extra*, isto é, da “hora extra” trabalhada. Tal significação tem curso corrente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quando, por exemplo, diz que a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não fixada, expressamente, outro limite¹⁴; e que a duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho¹⁵; e que a remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à hora normal¹⁶.

Ora, seguindo a grafia consolidada, Vólia Bonfim Cassar doutrina que o limite máximo de labor de duas horas extras por dia, previsto no art. 59 da CLT, dirige-se ao empregador, que está proibido de exigir do empregado *trabalho para além deste parâmetro*. Aporta o autor que se, todavia, o empregado, de fato, *trabalhou mais horas extras*, tem direito à remuneração de todas, sem qualquer limitação¹⁷. Nessa trilha, a jurisprudência do TST editou a seguinte Súmula, onde também desenha a locução “hora extra” — a saber:

SÚMULA Nº 376 - **HORAS EXTRAS**. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS. I - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o

14 Art. 58, da CLT.

15 Art. 59, da CLT.

16 § 1º, do Art. 59, da CLT.

17 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. – 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, pp.633-634.

empregador de pagar todas as horas trabalhadas. II - O valor das **horas extras** habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no “caput” do art. 59 da CLT¹⁸.

Até aqui é possível verificar que o legislador consolidado, a doutrina e a jurisprudência registram a expressão “hora extra” sob o sentido temporal cronológico, ou seja, de que o empregado labora fora do limite da jornada ordinária. Reiterando seu uso, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) parece seguir igual tendência¹⁹:

SÚMULA Nº 199 DO TST. BANCÁRIO. PRÉ-CONTRATAÇÃO DE **HORAS EXTRAS**. I - A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as **horas extras** com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento), as quais não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário. (Ex-Súmula nº 199 – alterada pela Res. 41/199. II - Em se tratando de **horas extras** pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas.

SÚMULA Nº 376 DO TST: **HORAS EXTRAS**. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS. I - A limitação legal da jornada suplementar a duas **horas diárias** não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (Ex-OJ nº 117 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997). II - O valor das **horas extras** habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no “caput” do art. 59 da CLT. (Ex-OJ nº 89 da SBDI-1 - inserida em 28.04.1997).

18 Disponível em: <https://www.tst.jus.br/sumulas> - Acesso: 04.03.2022.

19 Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas> - Acesso: 07.03.2022

Eis a reiterada ortografia jurisprudencial significada, identificada e representada por Houaiss, quando diz que “hora extra”²⁰ corresponde exatamente à hora de trabalho prestada para além do expediente ou do tempo contratado, e que ocorre geralmente por necessidade do empregador; ou, ainda: ao pagamento referente a hora a mais que o trabalhador dedica ao seu trabalho. Nada obstante o uso corrente da expressão “hora extra”, há quem prefira usar “hora-extra” (sim, com *hífen*²¹). À análise.

2.3. “Hora Extra”, ou “Hora-Extra”?

Na língua de ação, as palavras “hora” e “extra” (quando escritas juntas, próximas, coladas, contíguas ou justapostas) são recorrentemente grafadas ora com *hífen* (hora-extra), ora sem *hífen* (hora extra). Pergunta-se: qual a locução correta: “hora extra”, ou “hora-extra? *Quid facere? Quid juris?*

Antes de mais, mister entender o significado do termo *justaposição*. Desde uma perspectiva da linguagem gramatical, entende-se por ela a *reunião* (em uma só palavra e com significado independente), *de palavras distintas que conservam, cada uma, sua integridade fonética*, como “laranja-pera”, “porta-malas”, “pé-de-moleque”, “arco-íris”, “couve-flor”, entre outras²². Nessa definição, parece que a grafia a ser aceita seria *hora-extra*, (com hífen), porque, como visto, *hora* e *extra* são léxicos distintos, que, embora conservando, cada um, a integridade fonética, uma vez juntas, dão origem a nova palavra com significado próprio e independente, a saber: *tempo cronológico onde o empregado executa seu labor fora do limite da jornada normal previamente contratada*.

20 Ou “horas extras” (locução mais comumente utilizada)

21 Fala-se do sinal gráfico gramatical em forma de um pequeno traço horizontal (-), usado para unir os elementos de palavras compostas, por exemplo (Cf.: HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 1531)

22 *Ibidem*, p.1695.

Sucedede que, com o advento do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (2016), a expressão “hora-extra” (com hífen) passara a consolidar-se. É o que o leitor apressado poderia inferir da Cláusula BASE XV do Acordo Ortográfico²³, quando preconiza o uso do hífen *em compostos, locuções e encadeamentos vocabulares nas palavras compostas por justaposição que não contêm formas de ligação e cujos elementos, de natureza nominal, adjetival, numeral ou verbal, constituem uma unidade sintagmática e semântica e mantêm acento próprio, podendo dar-se o caso de o primeiro elemento estar reduzido*, como soem ocorrer com as seguintes expressões *ano-luz, arcebispo-bispo, arco-íris, decreto-lei, és-sueste, médico-cirurgião, rainha-cláudia, tenente-coronel, tio-avô, turma-piloto; alcaide-mor, amor-perfeito, guarda-noturno, mato-grossense, norte-americano, porto-alegrense, sul-africano; afro-asiático, afro-luso-brasileiro, azul-escuro, luso-brasileiro, primeiro-ministro, primeiro-sargento, primo-infeção, segunda-feira; conta-gotas, finca-pé, guarda-chuva.*

Conquanto “hora-extra” (com hífen) não conste desse rol exemplificativo, a aparência lógica deve decorrer da suposição de que ela reflete palavras compostas por justaposição capaz de implicar nova unidade sintagmática e semântica. Nesse contexto ortográfico e semântico, não parece mesmo irrazoável pensar-se na necessidade do uso do *hífen* no encontro dos termos “hora” e “extra” para hipostasiar a unidade “hora-extra” (com hífen), sob o argumento de fazer emergir nova unidade sintagmática e semântica, com sentido independente e distinto do de cada vocábulo compositivo. Ora, se assim fosse possível concluir, por que então o vertente texto, desde o início, vem grafando “hora extra” (sem hífen) no lugar de “hora-extra” (com hífen)? *Quid pro quo!* (“*Tamanha confusão, Homem-Aranha!*” — Diria o *amigo prodígio* do Homem-Morcego).

23 Disponível em <https://www.academia.org.br> – Acesso: 14.03.2022.

Examinando a problemática, poder-se-ia dizer tratar-se de capricho linguístico, sem qualquer valia para o mundo jurídico, pouco importando o uso do hífen na justaposição das palavras *hora* e *extra*, pois que, acrescentariam: com ou sem ele, a contiguidade implicaria igual sentido semântico — a saber: trabalho executado *para além* ou *fora* da jornada ordinária.

(*Embora se costume dizer que para os homens razoáveis não é a palavra, mas a Coisa que importa, contudo, isso não dá licença para designar uma Coisa com um nome que não lhe convenha*²⁴) Daí o leitor mais atento concordar com que o desprezo pela palavra apropriada não procede, exatamente quando amparada numa errática percepção, cuja representação pode implicar, por um lado, inteligência refratária ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, e, por outro, manifesta morte do Direito do Trabalho, conforme será demonstrado nas linhas futuras.

Iniciando-se pelo fim, registre-se que, tratando-se a “hora extra” e a “hora-extra” de expressões atreladas à ciência do Direito do Trabalho, impõe-se o imperativo dever de postular observância de grafia escoreta de vocábulos ou encadeamentos congruentes com acepções jurídicas que eles encerram; bem assim, com a regra ortográfica estabelecida, diferenciando-as e alijando-as da linguagem do vulgo, cuja importância linguística não pode ter o condão de precarizar a cientificidade desse ramo jurídico.

Visando a transcender a aporia suscitada, mister não perder de vista o ponto de inflexão determinado pela perspectiva jurídica, qual seja, a de que, no Direito do Trabalho, não existe *instituto jurídico* grafado com as expressões “hora extra” (sem hífen) e “hora-extra” (com hífen) — ainda que o uso do encontro vocabular “hora extra” se revele amiúde na pragmática da literatura jurídico-laboral; é o que convém examinar em alguns dispositivos da CLT inerentes ao Capítulo I (DA DURAÇÃO DO TRABALHO) e à Secção II (DA JORNADA DE TRABALHO, para facilmente perceber que o legislador grafa a expressão “hora

24 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*, p. 232.

extra” (sem hífen) à revelia dos acentos científico e ortográfico. Donde segue, em conclusão, que uma e outra formas têm lugar na praxe legislativa, praxe essa ordinariamente seguida pela doutrina e jurisprudência pretorianas, e, por assim dizer, pelos novos operadores do direito material obreiro.

Ora bem, seguindo a racionalidade do professor Rubem Nogueira²⁵, é lícito dizer que o Direito do Trabalho é ciência que dispõe de instrumentos verbais próprios, de significação unívoca, a par de outros por ele tomados de empréstimo à linguagem comum, que passam a ter acepção nova, de natureza jurídica, de tal modo maneira que, quanto mais desenvolvida a ciência, em geral, tanto mais necessitada se torna de uma linguagem e vocabulário exclusivos a fim de operar satisfatoriamente, porque, sem a rigorosidade da linguagem, não há ciência, porquanto fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo²⁶. Eis também mais um forte motivo para que seja abandonada a mania de, no processo do trabalho, usar os termos *Autor* e *Réu* em lugar das acepções *Reclamante* e *Reclamado*, na medida em que concorrem para precarização da cientificidade e autonomia desse ramo processual.

Homero Batista lembra que a Consolidação das Leis do Trabalho tem priorizado o uso da expressão *horas suplementares*, conquanto a praxe tenha consagrado *hora extraordinária* ou, simplesmente, *hora extra*²⁷. Vê-se, assim, que o nó ortográfico persiste, na medida em que que expressões que tais não atentam para necessária rigorosidade científica da linguagem, que, observada, certamente contribuirá para perfectibilidade da autonomia do direito positivo obreiro, porquanto hipostasiado nos caracteres científico, didático, legal, institucional, doutrinário, jurisprudencial e jurisdicional²⁸.

25 NOGUEIRA, Rubem. *Curso de Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p.5.

26 Luiz Alberto Warat apud NOGUEIRA, Rubem. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, p. 5.

27 SILVA, Homero Batista Mateus da. Homero. *CLT Comentada*. -3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 95.

28 Mudando o que deve ser mudado em: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. São Paulo: Atlas,

Para quedar-se livre dessa aporia linguístico-ortográfica, a solução parece passar pelo imperativo do *voltar às coisas mesmas*, já que a solução não deve passar pela prestidigitação ou pelo *Deus ex machina* (“Deus da Máquina”), ou seja, pelo artifício teatral de se introduzir uma força sobrenatural para resolução de situação dramática²⁹, como a que se encontra sob análise. Daí a necessidade do volver a reta razão para o significado etimológico dos vocábulos “extra” e “extraordinário”. Ali, para estimular o desuso das locuções “hora extra” (sem hífen) e “hora-extra” (com hífen); e aqui, em substituição, para assegurar coerência lógico-sintagmático-semântica no fenômeno do labor em tempo excedente ao tempo ordinariamente ajustado. Eis o que ora se propõe, até que a pragmática jurídica laboral passe a andar *pari passu* com os ajustes do Acordo Ortográfico capaz de conciliar a linguagem do vulgo, do culto e do jurídico.

Pois bem. Como visto, etimologicamente, o vocábulo “extra” significa “fora de” ou “além de”. Sendo assim denotado, e tomadas as locuções “hora extra” (sem hífen) e “hora-extra” (com hífen), ambas poderiam ser conotadas respectivamente como “hora além de” e “hora fora de”. Por ilustração, tome-se o texto do *caput* do art. 59, da CLT, que assim reza: “A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de *horas extras*³⁰, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.”

Ora, adotando-se o sêmen etimológico do verbete “extra”, o dispositivo consolidado poderia ser assim redigido: *A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de **horas fora de [ou horas além de]**, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho*. Assim desenhado, forçoso seria o interprete admitir que as expressões “horas fora de” e “horas além de” — consideradas

2005, pp.52-56.

29 BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia, p. 97.

30 Grifo do Articulista.

isolada ou conjuntamente — perdem os sentidos sintático e semântico, de modo que as expressões “hora extra” (sem hífen) e “hora-extra” (com hífen) teriam os respectivos significados suprasumidos.

Ainda ilustrativamente, volte-se a vista para o texto do *caput* do art. 59, da CLT: *A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de **horas extras**, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.* Nessa formação linguística, a palavra “extra”, porque isolada da palavra “horas”, constituiria verdadeiro *non sense*: *A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas **fora de** [ou, querendo, **horas além de**], em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.* Nesse contexto, a reta razão se apercebe da impropriedade do pseudoprefixo “extra” depois da palavra “hora”, porque, juridicamente, nada significa.

Ainda na senda etimológica, registre-se que o vocábulo *extraordinário* tem sua origem no etmo latino *extraordinarius*, *a, um*, de *extra-* (‘fora de, além de’) + *-ordinarius* (‘conforme a regra, a ordem’), de modo que parece não andar equivocado quem preferisse usar a expressão *hora extraordinária* a “hora extra” ou “hora-extra”, dado que dizer “hora extraordinária” é mesmo que dizer *hora fora da regra*, ou *hora fora da previsão legal*; ou *hora fora da ordem*; ou, enfim, *hora fora do ordinário*.

Nessa perspectiva, o dispositivo consolidado em apreço poderia perfeitamente ser assim grafado: *A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de **horas extraordinárias**, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.*” A seguir essa proposta redacional, a exegética agradecerá a coerência normativa nela encetada, porquanto em harmonia com a significação jurídica, conformemente se vê na redação do § 5º, do art. 487, da CLT: *O valor das **horas extraordinárias habituais** integra*

o aviso prévio indenizado. Ou ainda: O valor das **horas trabalhadas fora da jornada normal** (quando habituais³¹) integra o aviso prévio indenizado); igualmente, na do *Caput* do art. 235, da CLT: *A jornada diária (sic)³² de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou, [...]*. ”. De feito, essa tem sido a preferência da jurisprudência do E. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (TRT5):

HORAS EXTRAORDINÁRIAS [...]. *Considerando que a decisão que transitou em julgado determinou que a apuração do trabalho extraordinário fosse feita com base nos controles de ponto, são estes os documentos que devem ser observados no cálculo das horas extraordinárias, em respeito à coisa julgada³³.*

HORAS EXTRAORDINÁRIAS [...]. *O entendimento jurisprudencial neste caso é consubstanciado pelo item I do enunciado número 338 da Súmula da Jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho que impõe o ônus da prova quanto aos fatos que fundamentam o pedido de condenação da Reclamada ao pagamento das horas extraordinárias reputadas prestadas, quando o empregador contar com mais de dez empregados e, injustificadamente, não apresentar os controles de frequência³⁴.*

Nada obstante o caráter linguístico indefectível da expressão *hora extraordinária*, há, todavia, formações linguísticas que parecem permitir o uso dos vocábulos “hora” e “extra” com

31 Sobre a absurdidade do uso dessa palavra, consultar o subtítulo “2.4.1. ”.

32 Não é de boa técnica escrever-se “jornada diária”. Deve-se evitar tal expressão, pois que, etimologicamente, *jornada* significa ‘caminho que se pode percorrer em um dia’; do provç. *Jorn*; do latim *diurnus*, a, um: ‘feito durante o dia, ao dia’ (Cf.: HOUAIS, Antonio. Dicionário da língua portuguesa, p.1687.

33 Processo 0010382-84.2015.5.05.0641, Origem PJE, Relator (a) Desembargador (a) MARIA DE LOURDES LINHARES LIMA DE OLIVEIRA, Segunda Turma, DJ 08/02/2022.

34 Processo 0000692-12.2019.5.05.0020, Origem PJE, Relator (a) Desembargador (a) EDILTON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS, Primeira Turma, DJ 16/12/2021

significações jurídicas específicas, sem que fira de morte a regra ortográfica, como se vê do seguinte acórdão:

*Não se podem ser consideradas como **extras as horas** despendidas no programa de ginástica, implantado pela empresa e instituído em instrumento coletivo, por não se tratar de atividade integrada no mecanismo de produção do empregador, além de ser facultativa a participação do empregado. (TST, RR 312.760/96. Thaumaturgo Cortizo, Ac. 5ª. T., 13.08.99)³⁵.*

O leitor mais atento parece já dispor de condições de possibilidade para concordar com o *Clarín* no sentido de que o *Homem-Aranha não faz “hora extra”* (sem hífen) ou “hora-extra (com hífen), imaginando — não sem reta razoabilidade — que a manchete midiática adequada poderia ser: Extra! Extra! Extra! Homem-Aranha não faz “hora extraordinária!”. Se esta então for a proposição apropriada, importa ainda responder: estaria ela (a formulação) justificada numa *linguagem pela linguagem*, isto é, na própria linguagem exaurida na locução “Homem-Aranha não faz hora extraordinária?” Representaria a postulação uma retórica rousseuniano-aristotélica³⁶, radicada numa empiria histórica, ou, ao contrário, numa retórica romântica ou sofística, distanciada, portanto, da faticidade mundana? Sendo uma ou outra a resposta, ainda assim teria o Homem-Aranha motivos para advogar a racionalidade *a priori* de que o editor do *Clarín* não estaria silenciando a verdade se afirmasse que o aracnídeo *não faz hora extraordinária* — conquanto, de alguma forma, estivesse maquinando, como de ordinário, alguma injúria odiosa contra sua honra, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro?

35 CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112.

36 Sobre a retórica rousseuniana sob o influxo aristotélico: PRADO JR, Bento. *A retórica de Rousseau e outros ensaios*; organizado por Franklin de Mattos. – São Paulo: Editora Unesp, 2018. (ISBN: 978-85-393-0723-4).

Para alijar a dúvida hiperbólica, é preciso, ainda, continuar com a investigação acerca do uso do *hífen* em locuções de palavras compostas por justaposição que, aparentemente, não contêm formas de ligação, e cujos elementos de natureza substantiva e adjetiva constituem unidade sintagmática e semântica — como sucede com o encadeamento *hora extraordinária*, objetivando saber se a palavra *extraordinária* admite o hífen entre os léxicos *extra* e *ordinária*, cujo resultado positivo poderia implicar a seguinte formulação *hora extra-ordinária*.

Antes de mais, cumpre esclarecer que o termo “extra” é um *afixo* que antecede ou sucede uma palavra para formar nova palavra. Assim, se o afixo se encontra antes do radical, diz-se *prefixo*; se depois, *sufixo*. Por exemplo, na palavra *extraordinária*, a raiz ou radical se revela no léxico *ordinária* e o prefixo, no *extra*.

Nada obstante, retenha-se que o afixo “extra” é recepcionado como *pseudoprefixo*, porque, embora guarde igual função gramatical do prefixo verdadeiro — como ocorre nos morfemas³⁷ *ab-* (**absur**didade), *ant-* (**ant**ecedente), *i-* (**il**egal) —, a palavra “extra” (*em si e para si*) revela-se como radical, portanto, com sentido próprio, de maneira que, quando isoladamente grafado (isto é, sem conexão com outra palavra), perde a função, tal e qual demonstrado alhures na significação da palavra “extra” estampada na primeira página do *Clarín*: “Extra! Extra! Extra!”

Houaiss aduz que o elemento “extra-”, quando seguido de “vogal” ou de “h”, “r” e “s”, exige hífen. A regra, no caso do termo *extraordinário*, adverte, não foi seguida por simples tradição não corrigida³⁸. Numa linguagem obliqua, Houaiss deixa subentendido que o correto seria escrever “extra-ordinário” ou “extra-ordinária”, certamente porque o pseudoprefixo “extra” se encontra seguido de palavra iniciada por vogal (“o”), a saber: “**o**rdinária”. Sucede que esse entendimento não é o do *Acordo*

37 Ou seja: “cada afixo gramatical de uma palavra”. Conferir: HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 1961.

38 *Ibidem*, p.1292.

Ortográfico da Língua Portuguesa. É que, conforme o disposto na letra “b”, do item “2”, da BASE XVI (*que trata do uso do hífen nas formações por prefixação*), não é possível empregar hífen nas formações onde o prefixo ou pseudoprefixo termina em vogal, e o segundo elemento começa com vogal diferente, prática essa já adotada, em geral, para grafia dos termos técnicos e científicos, como *antiaéreo*, *coeducação*, **extraescolar**, *aeroespacial*, *autoestrada*, *autoaprendizagem*, *agroindustrial*, *hidroelétrico*, *plurianual*.

Seguindo essa racionalidade, o afixo *extra*, entranhado no vocábulo *extraescolar*, pode perfeitamente ser tomado de empréstimo à regra do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa como parâmetro analógico à grafia da palavra *extraordinário e/ou extraordinária* (sem o hífen, portanto), precisamente por representar um *pseudoprefixo terminado em vogal* (“a”), seguido de palavra iniciada por *vogal diferente* (“o”). Donde se tem por correta a expressão “hora extraordinária” (sem hífen), devendo ser a adotada pelos operadores do direito material do trabalho — assim mesmo como vem registrando o Professor e Juiz do Trabalho Luciano Martinez em seu *Curso de Direito do Trabalho*³⁹, fazendo-a, portanto, comum nos subtítulos: “pré-contratação de horas extraordinárias”, “integração e reflexão das horas extraordinárias” e “supressão das horas extraordinárias”.

Do exposto, é na adoção da expressão “hora extraordinária” que o vertente trabalho já se encontra em condições possibilitadas para trazer à luz sua significação sob uma perspectiva jurídico-filosófica, não apenas pelo fato de os termos “extraordinário” e “extraordinária” constituírem vocábulos sancionados pelo *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa* (VOLP), da *Academia Brasileira de Letras* (ABL)⁴⁰, mas, e mais importante, pelo verniz científico que elas encarnam em prol do Direito do Trabalho.

39 MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 302-303.

40 Disponível em: <https://www.academia.org.br> - Acesso em 14.0.2022.

2.4. Que é isto, a “hora extraordinária”?

Orlando Gomes e Elson Gottschalk registram que a duração do trabalho não conheceu limites durante um longo período da história da humanidade, de vez que, por muitos séculos, a sua limitação era regida pelo mecanismo das leis naturais⁴¹. Segundo aduzem, a civilização e a experiência do homem deram-lhe a convicção de que a instituição de repouso ou tempo livre era útil sob o tríplice aspecto da fisiologia, da moralidade, da sociabilidade e da economia privada. Preocupados com a saúde físico-mental do trabalhador, em sua relação no binômio capital-trabalho, os legisladores consolidado e constitucional entenderam por bem — não sem muita resistência dos detentores dos meios de produção e serviços — disciplinar a duração da jornada de trabalho. Nessa medida, o legislador consolidado prescreve que a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias⁴², desde que não seja fixado expressamente outro regime⁴³, seguindo, assim, o quanto preconizado pelo legislador constitucional, ao dispor que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, conquanto facultada a compensação de horários e a redução da jornada,

41 *In: Curso de Direito do Trabalho*, p. 281.

42 Art. 58, da CLT/2017.

43 Por “outro regime” (parte final do *Caput* do art. 58/CLT), deve-se entender a duração da jornada para mais ou para menos das 8 horas e/ou quarenta e quatro horas semanais, como soe ocorrer, por exemplo, com jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (Inc. XIV, do Art. 7º, da CF/88); igualmente com os empregados em banco, casa bancárias e Caixa Econômica Federal, cuja jornada é de seis horas (art. 224, da CLT); os serviços de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonía (jornada de seis horas ou 36 horas semanais – Art. 227, da CLT); dos músicos em teatro e congêneres (jornada de 6 horas – Art. 232, da CLT); dos operadores cinematográficos (jornada de seis horas – Art. 234, da CLT); dos empregados em minas de subsolo (jornada de seis horas ou 36 horas semanais – Art. 293, da CLT); os jornalistas profissionais (jornada de 5 (cinco) horas – Art. 303, da CLT).

mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho⁴⁴. Ademais, o serviço executado *para além* ou *fora da* duração normal de trabalho, o trabalhador fará jus a uma remuneração superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do serviço normal⁴⁵.

Nesse cenário, diz-se então “hora extraordinária” a unidade de tempo cronológico em que o trabalhador⁴⁶ executa suas atividades *para além da duração da jornada normal de trabalho* ou *fora da ordem* prevista em lei infra e constitucional, ou em instrumentos normativos coletivos de trabalho (acordo, ou convenção coletiva, ou dissídio) de trabalho. Ou ainda: quando o serviço contratado é executado *fora do ordinário, fora da ordem*. Mas, fora de qual *ordem*? Decerto, da etimológica do latim *ordo, ordinis* ‘fileira, alinhamento, arranjo, disposição, ordem’; enfim, da efetiva *duração normal* ou *ordinária* do trabalho.

Conforme a máxima jurídica, “Quem pode o mais, pode o menos”. Assim, se, ordinariamente, o trabalho executado *dentro dos limites da ordem, do ordinário* ou do *ordenamento* (ou legal, ou convencional, ou dissidial) é remunerado a tempo e modo, de igual forma deverá sê-lo quando realizado *para além* ou *fora* da jornada ordinariamente concertada, situação em que o empregado fará jus a um *plus* salarial pela força-trabalho despendida para além do tempo previsto.

Mas registre-se: quando se diz *hora extraordinária*, não se deve entender que somente deve ser assim conotada

44 Inc. XIII, do art. 7º, da CF/88.

45 Inteligência dos artigos 58-A (§ 3º), da CLT/2017 (*As horas suplementares à duração do trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal*) e 7º (Inc. XVI), da CF/88 (*remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal*).

46 Prefere-se o termo “trabalhador” e não “empregado, em respeito ao texto constitucional que prescreve no *Caput* do art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...]”. Nada obstante, onde se lê “trabalhadores”, pode se ler “empregados”. Sendo aquele, por assim dizer, o gênero, melhor que assim permaneça porque o respeito à saúde físico-mental não é à do trabalhador ou do empregado, mas, acima de tudo, da do Homem, cujo aspecto *fisiológico, moral, social* e *econômico* deve ser observado e preservado em prol de sua dignidade, conforme acentuam Orlando Gomes e Elson Gottschalk (in: *Curso de Direito do Trabalho*. – 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 281.

quando a unidade corresponder ao tempo *hora* (segmento de tempo equivalente a 60 minutos; ou, querendo, a vigésima quarta parte de um dia solar ou do tempo em que o planeta Terra leva para girar em torno de si mesmo). É que, ao contrário do que se possa imaginar, possui significação semanticamente mais abrangente, podendo corresponder tanto a sessenta minutos como a qualquer unidade tempo-minuto inferior ou superior ao marco cronológico correspondente a uma hora. Daí dizer-se: *uma hora extraordinária, trinta minutos extraordinários, noventa minutos extraordinários*; ou ainda: duas, três, ou quatro horas extraordinárias. Entretanto, quis o legislador que não fossem descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário, no registro de ponto, não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários⁴⁷.

Examinada desde uma perspectiva lógica, a asserção legal corrobora a tese de que a unidade “tempo-minuto” se subsume ao conceito de “hora extraordinária”. Com efeito, os minutos considerados extraordinários correspondem ao efetivo tempo de trabalho em prol do empregador, devendo, por isso, ser remunerado com o adicional legal, ou convencional, ou dissidial.

2.4.1. Hora extraordinária “habitual”: absurdiade paradoxal.

Ordinária era a duração da jornada de trabalho⁴⁸ de “sol a sol”⁴⁹, antes da assinatura do *Tratado de Versalhes até sanção e divulgação pelo mundo através das Convenções de Washington e de Genebra, respectivamente para a indústria (1919) e para o comércio (1930)*, assegurando ao trabalhador direito

47 Consulte-se o § 1º, do Art. 58, da CLT.

48 Sobre a duração da jornada de trabalho pelo mundo, consulte <https://www.dieese.org.br> – Acesso: 1503.02022.

49 Cf.: GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 287.

à jornada de oito horas, ou da semana de 48 horas⁵⁰. Nesse tempo, espaço não havia para o labor em tempo extraordinário, porque, *em si e para-si-mesmo*, já constituía o ordinário de uma jornada de trabalho extenuante. Absurdidades.

O tempo passou e o *ordinário* fora suprassumido pelo *extraordinário*; extraordinário que outra finalidade não tinha, como ainda tem, senão de flertar com o ordinário dos tempos idos, afrouxando, assim, a porosidade da duração da jornada pelo fluxo da legalidade receptiva do labor sob o véu de um tempo extraordinário. Nessa busca, *pari passu* passaram à existência do mundo do trabalho o tempo ordinário e o tempo extraordinário.

Orlando Gomes assevera que o *trabalho extraordinário*, exigido para fazer em face do aumento da produção no interesse do empregador, é a mais importante derrogação ao princípio da limitação da duração diária do trabalho⁵¹. O hipostasiar-se do trabalho extraordinário no trabalho ordinário passou a ser o *desejo mimético* capitalista com manifesta empiria legislativa neoliberal, que, homeopaticamente, não vacila em evanescer o tempo ordinário.

A vontade de que o *novo ordinário* (jornada de 8 horas e carga semanal de 44) seja ripristinado pelo *antigo ordinário* (jornada de “sol a sol”) é volição sem freios daqueles que trilham contrafeitos à dignidade humana, cuja sanha terá livre curso até que o *antigo ordinário* seja definitivamente evanescido pela pretensa hegemonia do *tempo extraordinário*, quando então já não haverá distinção semântica e sintática entre ambos.

Numa *linha nodal*⁵² inversa, por assim dizer, a extrusão generativa não implicará qualquer transmutação do *tempo*

50 “A primeira Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), assinada em 1919, tratou justamente da duração de trabalho. A Convenção 1 estabeleceu a adoção do princípio de oito horas diárias ou 48 horas semanais. Em 1935, a Convenção 40 passou a recomendar a jornada de 40 horas semanais. (Disponível em: <https://www.tst.jus.br> – Acesso: 15.03.2022).

51 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 288.

52 Segundo Abbagnano, Hegel chama *linha nodal* à «passagem da quantidade à qualidade». (Cf.: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 713.

quantitativo em tempo qualitativo, porque o quantitativo representado pelo *antigo ordinário* (labor de sol a sol) continuará sendo o quantitativo substanciado no *novel ordinário* (o labor em tempo extraordinário), que, conforme registro jurisprudencial, o elastério se impõe pelo paradoxal neologismo da locução triádica “hora extraordinária habitual⁵³” que transfigura o tempo extraordinário num tempo ordinário ou “habitual”, como se tem preferido dizer:

*Constatada a **habitual realização de horas extraordinárias**, descaracteriza-se o acordo de compensação, conforme entendimento sedimentado na jurisprudência. Por conseguinte, devido o pagamento das **horas extraordinárias** excedentes da 44.^a semanal e somente o adicional para o excesso diário à 8.^a hora trabalhada. Inteligência da Súmula n.º 85 do C. TST⁵⁴.*

Com acerto, Homero Batista anota que o *extraordinário* deveria significar o *fora do comum, ocasional, imprevisível*; sendo desalentador, acresce, que as horas extraordinárias sejam as campeãs dos processos trabalhistas, como símbolo máximo do uso excessivo e do abuso com que são solicitadas, sejam elas pagas ou não⁵⁵. Mas a absurdidade não reside apenas na efetividade da chamada habitualidade da hora extraordinária; diz-se, igualmente, pela ordinária (nos dois sentidos linguísticos) transmutação do pagamento imediato pelo fenômeno da *compensação* do quantitativo apurado nos registros horários da jornada de trabalho, com o respetivo endereçamento a um *banco de horas*⁵⁶. Com efeito, dir-se-ia:

53 Ou “horas extras habituais”, malgrado a inadequação do uso, na forma e jeito acima relatados.

54 Processo 0000046-54.2019.5.05.0035, Origem PJE, Relator Desembargador RUBEM DIAS DO NASCIMENTO JUNIOR, Quarta Turma, DJ 26/08/2021.

55 SILVA, Homero Batista Mateus da. Homero. *CLT Comentada*, p. 95.

56 Conforme Vólia Bonfim Casar, “A compensação de jornada foi autorizada pela lei – art 59, § 2º, da CLT e recepcionada pelo art. 7º, XIII, da CRFB. Mais tarde, foi criado o banco de horas,

*Restou provado, nos autos, que o autor laborava em regime de 6X1 e que as **horas extraordinárias** de labor foram **habitualmente prestadas**, sem prova da alegada compensação, nem a efetiva adoção de **banco de horas**, o que descaracteriza o acordo de compensação previsto nas normas coletivas⁵⁷.*

2.4.2. Do banco de horas.

Segundo Vólia Bomfim Cassar, a compensação de jornada é gênero que tem como espécies a *compensação tradicional* e o *banco de horas*⁵⁸. A primeira é aquela em que o módulo semanal ou mensal é respeitado e o horário de trabalho por dia é fixado previamente. Vólia assevera que o nome *banco de horas* foi escolhido por refletir semelhança a um banco, onde há créditos e débitos na conta, isto é, o empregado que fizer horas extraordinárias, ao invés de recebê-las (em pecúnia), as acumula sucessivamente, para, dentro de um ano, no máximo, compensá-las⁵⁹.

Todavia, desejou o legislador poder ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo coletivo ou convenção coletiva, o excesso de horas de um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. Nessa linha, o *banco de horas* poderá ser *fixo* ou *variável* (ou *aleatório*)⁶⁰. Aquele, quando o ajuste aponta, previamente, os horários de trabalho (fixos) e os

inicialmente pela MP 1.709/98, para compensação de jornada de até 120 dias e, depois, com nova redação, para compensações de até um ano, portanto, compensações anuais – MP nº 2.164/2001” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*, p. 106)

57 Processo 0000339-63.2018.5.05.0195, Origem PJE, RelatorDesembargador WASHINGTON GUTEMBERG PIRES RIBEIRO, Quinta Turma, DJ 02/09/2021.

58 Ibidem, pp. 635-636.

59 Ibidem, p. 106

60 § 2º, da Art. 59, da CLT.

períodos de sobrejornada (excessos) e compensação (diminuição); este, quando o labor suplementar à hora regular variar de acordo com a demanda e a folga compensatória.

Ora bem: já não bastasse a banalização do labor em *hora extraordinária habitual*, banalizam também a compensação pelo absurdo e abusivo método do *banco de horas*. Segue daí a certeza de que a *hora extraordinária habitual* e a *compensação substanciada no banco de horas* concorrem flagrantemente para o retorno do antigo-ordinário: a duração da jornada de trabalho “de sol a sol”. É verdade que a jurisprudência pretoriana vem tentando minorar a abusividade desse malfadado expediente mediante mecanismos de frenagem, como o campo de força da Súmula 85, do TST:

SÚMULANº85DOTST.COMPENSAÇÃODEJORNADA. [...]. IV. *A prestação de horas extras habituais caracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.* V. *As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva*⁶¹.

Examinando de perto, a solução aí é mais aparente que real, porquanto tenta resolver a problemática da habitualidade da hora extraordinária e da respectiva compensação pelo *banco de horas*; vale dizer, pelos efeitos, e não pela causa, a saber: supressão do dano existencial caracterizado pelo fato de o dono do tempo-trabalho se ver obrigado a vendê-lo por um *plus* remuneratório (muita vez, vil), sem, contudo, dar-se conta, na *corrida de rato*, das infernais teias urdidas pelo espectro do capital, que só visa à subtração de seu *banco tempo*, que

61 Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas> - Acesso 10.03.2022.

poderia ser perfeitamente destinado para realização de outras ações existenciais estéticas, culturais, políticas, entre outras faculdades físico-mentais. Sofisticadamente, exclamar-se-iam: que importa a *causa*, se, de ordinário, a gênese e ação plasmática hão de passar, necessariamente, pelo influxo volitivo legislativo, situação que só resta ao judiciário deter-se em seu remoto campo-de-força (solução pelos efeitos) via exegeses anódinas emergentes da, e quando possíveis, *boca da norma*, como soi acontecer por meio da Súmula nº 85, do C. TST.

De modo que, conquanto a objeção se revel razoável, as pretensas soluções apenas escamoteiam a efetividade implicada com o paradoxal perecimento da fonte objeto de expropriação do tempo-trabalho ordinário e extraordinário de pertencimento exclusivo do trabalhador, a saber: o inato *banco-de-tempo*.

Legislativo e judiciário... quem é *diamante*, quem é o *carvão*? Quem são os martelos, quem é o prego?

“Por que tão duro? — Falou certa vez ao diamante o carvão de cozinha; não somos parentes próximos? ” Por que tão moles? Ó meus irmãos, assim vos pergunto; pois não sois meus — irmãos? Por que tão moles, tão amolecidos e condescendentes? Por que há tanta negação, abnegação em vossos corações? Tão pouco destino em vosso olhar? E se não quereis ser destinos e inexoráveis: como podereis um dia comigo — vencer? E se a vossa dureza não quer cintilar, cortar e retalhar: como podereis um dia comigo — criar? Pois todos os que criam são duros [...]”⁶².

2.4.3. Que é isto, pois, o banco-de-tempo?

Não se duvida que o *banco de horas* guarda certa semelhança com o sistema bancário de *créditos e débitos* na conta do correntista. Entretanto, desde uma visada jurídico-trabalhista,

62 NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculos dos ídolos ou como se filosofa com o martelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.109.

ele não guarda qualquer semelhança com o *banco-de-tempo* do trabalhador. É que, no primeiro banco, o *homo faber* não é livre, na medida em que não lhe é assegurado o direito de optar pela prática do labor extraordinário, que, ao contrário, dar cumprimento sob o poder de determinações heterônomas; e pior: com habitualidade agravada pela promessa de gozo ou pagamento diferido, expectativa que, por sua vez, queda condicionada à fortuna. Em verdade, a liberdade do *homo faber* consiste em ser legítimo senhor-possuidor dos tempos cronológico e espiritual. No domínio do usufruto do tempo, somente a ele cabe decidir sobre a venda ou dação. Nesse banco-de-tempo, tem ele liberdade para vender ou dar parte de seu tempo a outrem, com ou sem pagamento do tempo alienado. Nesse banco, o homem é o verdadeiro banqueiro. As determinações de venda ou dação são germinadas pela autonomia, já que autor da lei que orienta o uso e o gozo do tempo depositado em seu banco natural — diferentemente do que se passa no *banco de horas*, onde o imperativo emerge da heteronomia germinada pelo capital para fomentar a alienação ou escravidão da força-trabalho.

Ora bem: no *banco-de-tempo*, o homem é livre, na medida em que só deve obediência às próprias determinações. Entrementes, deixará de ser livre a partir do momento em que alienar parte do tempo ao empregador com vistas à própria sobrevivência. É certo que, inicialmente, é livre para vender, ou não, o tempo-trabalho, já que apenas ele se sujeita a tal determinação; contudo, escravo, depois, quando, pelo liame empregatício, sujeita-se a determinações heterônomas, tal qual a obrigatoriedade do trabalho em tempo extraordinário, situação em que será instado a sacar de seu banco-de-tempo-natural horas que deveriam ser satisfatoriamente usufruídas noutras ambientações socioexistenciais.

Poder-se-iam objetar com a asserção negativa de que, na disposição do *banco de tempo* sob o véu da hora extraordinária

(inclusive habitual) e da compensação radicada no *banco de horas*, o *homo faber* continuaria livre, já que ou não firmaria vínculo empregatício ou, se firmasse, poderia optar pelo descumprimento da exigência legal, vendo-se, portanto, livre da força-de-campo heterônoma e escravizante.

Se, por um lado, a oposição assim suscitada se mostra pragmaticamente razoável, por garantir a autonomia; por outro, revela-se amoral, precisamente por esquecer que o emprego constitui efetivo aporte existencial, devendo, por isso, ser observado sob o imperativo axioma da dignidade humana. Ademais, por impor ao homem escravidão sub-reptícia. Ora bem, que liberdade é essa que, para existir, precisa estar diretamente implicada com a certeza *a priori* do desemprego e do espectro da fome.

Para Rousseau, o homem deve a liberdade exclusivamente à lei⁶³, mas à lei que impõe a si mesmo; de tal modo que desobedecê-la implicaria escravidão, e obedecê-la, liberdade. A obediência à lei auto regulamentada é essencialmente necessária. Já a desobediência, não. É exatamente da necessidade da obediência à lei interna (moral e/ou legal) que a liberdade germina. Sem esse dever, que se manifesta na simetria e harmonia da lei com a obediência, a liberdade não passa de mera aparência, de manifesta escravidão. Nessa lógica, seria um passo em vão aspirar à liberdade sem a salvaguarda das leis internas⁶⁴.

2.4.4. Da hora extraordinária “in itinere”.

A boa doutrina e a remansosa jurisprudência pretoriana firmaram o entendimento de que o tempo despendido pelo empregado desde sua residência até a efetiva ocupação do pos-

63 ROUSSEAU, J.-J. *Economia*, p. 113. In: DIDEROT & D’ALEMBERT, Jean le Rond. *Encycloppédia, ou Dicionário razoado das ciências, das artes e dos ofícios*; JAUCOURT: *Despotismo*; 5 volumes: organização Pedro Paulo Pimenta, Maria das Graças de Souza; tradução (da *Encyclopedie, ou Dictionnaire raisonné des sciences. Des arts et des métiers*) de Maria das Graças de Souza, Pedro Paulo Pimenta, Thomaz Kawauche – I. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015, 374p.

64 ROUSSEAU, J.-J. *Du contract social ou principes du droit politique*, O.C.III, III, 13, p. 427.

to e trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, é considerado *tempo à disposição*⁶⁵ deste, razão pela qual deveria ser remunerado como serviço extraordinário, na forma das súmulas 90⁶⁶ e 320⁶⁷ do TST. Distanciando-se dessa concepção, o legislador reformista, extrusado pelo neoliberalismo, emplacou o § 2º, do art. 58, da CLT⁶⁸, asseverando que o tempo despendido pelo empregado no deslocamento residência-trabalho-residência não será computado na jornada de trabalho, por entender que o tempo despendido no deslocamento não se subsume ao conceito de *tempo à disposição do empregador*.

Nada obstante à objeção legal, a verdade é que não se pode duvidar de que o tempo *in itinere* é tempo do empregado à disposição do empregador. O *senso comum* e a reta razão jurídico-filosófica são uníssonos nesse sentido. Mas se dessa forma não se impõe, é mais pela vontade da lei do que pela vontade de efetividade da justiça maiúscula, da justiça-essência, de modo que, seja considerado como tempo extraordinário ou não, a verdade é que o *tempo in itinere* se junta aqueles fenômenos

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

66 Súmula nº 90 do TST. HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - *O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho.* II - *A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere".* III - *A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere".* IV - *Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.* V - *Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.*

67 Súmula nº 320 do TST. HORAS "IN ITINERE". OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. *O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas "in itinere".*

68 Consulte-se o texto do dispositivo consolidado.

temporais que concorrem para subtrair do *banco-de-tempo* tempo que poderia ser usufruído a jeito e modo do empregado, mas que assim não procede porque, nele, está à disposição do empregador. Nessa quadra, pergunta-se: a quem caberia restituir-lhe o tempo exaurido no itinerário? A ninguém, nem mesmo ao empregador — objetaria o opiniático sofisticado com esteio num suspeito *a priori* de que esse tempo já se encontra recepcionado pelo salário mensal, razão pela qual, aduziriam, não haveria motivos para exigência de novo pagamento a título de hora extraordinária. Exigi-lo seria incorrer em *bis in idem* Eis mais uma das absurdidades encetadas contra o *banco-de-tempo* do *homo faber*, situação empírica que só corrobora a anátema ao renascimento do *antigo ordinário*, cujo tempo, mudando o que deve ser mudado, guarda igual significação com o *tempo extraordinário*, a saber: dilapidar o *banco-de-tempo* do trabalhador, fenômeno expropriatório também com curso na jornada noturna.

2.4.5. Da hora extraordinária noturna.

Diz-se *noturno*, o trabalho executado entre vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte⁶⁹. Corroborando o quando firmado alhures, aqui, a unidade tempo-hora não corresponde a 60 minutos e sim a 52 minutos e 30 segundos⁷⁰. A considerar a inteligência do *caput* do art. 59, da CLT, possível será a execução de serviço extraordinário durante a jornada noturna. Nessa linha, se o empregador observa a hora noturna reduzida (52 minutos e 30 segundos), não há falar em pagamento de horas noturnas extraordinárias ao empregado⁷¹. Todavia, verificado o trabalho em horário noturno, sem a conseqüente redução da ficta hora noturna, devida será a condenação do empregador

69 Cf.: § 2º, do art. 73, da CLT.

70 Cf.: § 1º, do art. 73, da CLT.

71 Processo 0000049-05.2018.5.05.0371, Origem PJE, Relator Desembargador LUIZ TADEU LEITE VIEIRA, Terceira Turma, DJ 04/08/2021.

ao pagamento das horas extraordinárias daí decorrentes⁷². A jurisprudência identifica esse fenômeno como *hora extraordinária noturna* ou *hora noturna extraordinária*.

Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o trabalho noturno é simplesmente um dos momentos em que se pode desdobrar a duração do trabalho, mas é a fase da duração em que o esforço humano é submetido às condições mais desvantajosas e penosas. Acrescem que os higienistas coincidem em admitir que o descanso diurno é menos reparador que o noturno, donde a redução do tempo da hora noturna tem uma finalidade fisiológica, dadas as asperezas do trabalho noturno⁷³.

Há contratos de empregos em que, pela natureza de suas atividades, o trabalho noturno é habitual⁷⁴, como habitual será o labor em hora extraordinária noturna; cenário ordinário que também concorre para subtrair créditos do *banco-de-tempo* do trabalhador e, por conseguinte, de sua expectativa de vida, cujo *plus remuneratório* não consegue repor o tempo-sono perdido na vigília noturna, ainda que, em cochilos esparsos, seja mitigada pelo descanso intrajornada, quando ordinariamente concedido.

2.4.6. Da hora extraordinária e do intervalo intrajornada não concedido.

Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso alimentação, o qual será, no mínimo, de uma hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de duas horas. Não excedendo de seis horas o trabalho, será, entretanto, obrigatória a concessão de intervalo correspondente a quinze minutos, quando a duração ultrapassar quatro horas⁷⁵.

72 Processo 0000513-63.2018.5.05.0101, Origem PJE, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, Quarta Turma, DJ 04/11/2021.

73 GOMES, Orlando; GOTSCHALCK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, pp.291-293.

74 Cf.: § 3º, do art. 73, da CLT.

75 *Caput* e § 1º, do art. 73, da CLT.

Com a reforma trabalhista representada pela Lei 13.467/2017, o legislador consolidado firmou entendimento de que a não concessão, ou concessão parcial, do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho⁷⁶.

Enfrentando a hipótese da *não concessão* ou *concessão parcial* do intervalo, bem como da natureza jurídica do *pagamento (indenizatório ou remuneratório) apenas do período suprimido*, a jurisprudência tomou como ponto de inflexão para solução a intertemporalidade do direito material, de modo a tornar necessária a observância do período contratual e de seu termo *ad quem*. Nesse passo, relativamente ao contrato anterior à vigência da indigitada lei, a jurisprudência sedimentada sobre a matéria, traduzida na Súmula nº 437, do TST, assevera que a supressão, total ou parcial do intervalo intrajornada, garante ao empregado o pagamento de hora extraordinária acrescida de adicional legal, ou convencional, ou dissidial. Ademais, a desejada natureza indenizatória acerca do pagamento do intervalo suprimido, viola o princípio da não-retroatividade da lei para alcançar fatos a ela anteriores (à Lei 13.467/2017), de tal sorte modo que, no período anterior à Reforma Trabalhista, deve-se aplicar o entendimento jurisprudencial majoritário à época, consubstanciado pela Súmula 437 do TST, segundo o qual o pagamento decorrente da supressão do intervalo repercute sobre as demais parcelas de caráter remuneratório⁷⁷.

Mas ainda que o legislador consolidado hodierno advogue que o intervalo intrajornada não seja computado na duração do trabalho⁷⁸, não se pode olvidar de que, quando suprimido (total ou parcialmente), deve ser considerado tempo extraordinário,

76 § 4º, do art. 73, da CLT.

77 Processo 0000005-74.2019.5.05.0007, Origem PJE, Relatora Desembargadora MARIA ADNA AGUIAR DO NASCIMENTO, Quinta Turma, DJ 30/11/2021.

78 Cf.: § 2º, do art. 73, da CLT.

cujo pagamento deve ser realizado integração salarial reflexa remuneratória.

Não se duvida que, na supressão total do intervalo intrajornada, a extensão da duração do tempo cronológico da jornada não sofre qualquer alteração quantitativa, apesar de, na linha oblíqua, repercutir e implicar déficit na qualidade da saúde físico-mental do empregado, que, inerte e envilecido, vê seu *banco-de-tempo* irreversivelmente subtraído.

2.4.7. Do banco-de-tempo e da liberdade

Nesse contexto, livre é o homem que possui e desfruta da melhor forma de movimentar o próprio *banco-de-tempo*. Escravo, ao contrário, aquele que se vê submetido à observância de compensação de labor extraordinário (habitual, ou não) sob o fluxo de um *banco de horas*, que só beneficia um lado da relação, qual seja, a de se locupletar, no presente das coisas presentes, da força-trabalho, deixando ao outro somente o presente das coisas futuras, ou seja, a esperança e a expectativa de ressarcimento futuro de um tempo cronológico conectado com uma vida passada, cujo tempo espiritual estará sempre na mente do trabalhador, porém sem o desejado e devido gozo estético, sobremaneira quando marcado pela inadimplência do (ex-) empregador. Mas dessa escravidão parece livrar-se o Homem-Aranha, já que não faz “hora-extra”, “hora extra”, “hora-extraordinária”, tampouco “hora extraordinária”, além de não ter o *banco de tempo* evanescido por um odioso *banco de horas*. Isso significaria que o *Clarín* teria andado bem se a manchete tivesse exclamado: *Extra! Extra! Extra! Homem-Aranha não faz “hora extraordinária”*. A uma, pela obviedade de o Homem-Aranha não ser “humano, demasiado humano”; não passando de um benquisto super-herói, cuja existência se encontra dividida entre duas cidades paralelas: uma mundana e outra, extramundana, sem que, numa e noutra possa evadir-se do mundo cinematográfico. A duas, porque, nessa

sanha artificial, sequer trabalha, tampouco submetido a vínculo empregatício, e, por conseguinte lógico, a controle e extrapolação de jornada de trabalho.

Sim, o Homem-Aranha é livre, porquanto escravo, por assim dizer, apenas da liberdade de se determinar lei moral cimentada no caráter finalístico do *bem comum* representado pela efetividade da paz e da segurança dos habitantes da *Big Apple*; diferentemente daquele herói intramundano que “aguenta o peso das compras do mês”⁷⁹ com salário mensal preche de horas extraordinárias.

Nessa racionalidade jurídico-trabalhista, livre também é Peter Parck, porque, enquanto fotógrafo-autônomo, não se sujeita a qualquer determinação heterônoma de regime horário (fixo ou variável) de trabalho; ou, por conseguinte, de sujeição a cumprimento de trabalho em tempo extraordinário senão àquele que se impõe livremente, de vez que senhor do imanente *banco-de-tempo*, malgrado o recorrente incômodo de gerar fotos do parceiro simbiótico, cujo perspectivismo do chefe do *Clarín Diário* não vacila em contextualizá-las em circunstâncias e cenários que visam colocar em xeque a honorabilidade e heroísmo do Homem-Aranha.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Como meio de sobrevivência, o trabalho se revela necessário à humanidade. Levá-lo a cabo é submeter-se à engrenagem do capital que impõe ao trabalhador alienação de parte de seu *banco-de-tempo* para prestação de serviço em tempo ordinário e extraordinário.

A história do Direito do Trabalho revela que o *antigo-tempo-ordinário* (labor de “sol a sol”) fora supressumido pelo

79 Da canção *Homem Aranha*, de Jorge Luiz Sant’anna Vercillo (Jorge Vercillo) - Letra de Homem Aranha © Warner Chappell Music, Inc (Disponível em: <https://www.google.com> – Acesso: 18.03.2022).

novo-tempo-ordinário (jornada de 8h e/ou carga semanal de 44h), mas que, no processo dialético temporal, teve que suportar, como vem suportando, o retorno daquele primeiro tempo, que, em sua gênese, já trazia o germe da faceta do extenuante e contemporâneo trabalho extraordinário.

Dentre as formas de denominações atribuídas a este fenômeno jurídico, a pragmática jurídico-trabalhista parece andar bem se observar e conservar aquela que guardar harmonia semântica com vocábulos ou encontro vocabulares compatíveis com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, e bem assim com a cientificidade, autonomia e independência semântico-gramática do Direito do Trabalho, dado que a *hora extraordinária* se impõe como encontro vocabular que sintetiza o fenômeno linguístico sem lesão semântica e sintagmática.

A hora extraordinária é de compleição multiforme, haja vista dizer-se de vários modos. Nessa accidentalidade modal, crucial se revela o espanto e desvelamento conceitual e finalístico das categorias do *banco-de-horas* (tempo cronológico) e *banco-de-tempo* (tempo espiritual), onde o primeiro — ainda que inteiramente do pertencimento do empregado — encontra-se no *campo-de-força* do empregador; e o segundo, embora espreitado pelo empregador, também de inteiro pertencimento obreiro, de cuja consciência há de se apropriar, se a liberdade se lhe revelar cara, já que, retendo-a e exercitando-a, subordinar-se-á tão somente às próprias determinações morais e legais. Eis uma virada de moeda capaz de matizar de extraordinário somente aquele tempo qualitativo residente no *banco-de-tempo* imanente ao trabalhador que se deseja homem livre.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2004.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. – 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CONDILLAC, Étienne Bonnot. *Lógica ou os primeiros desenvolvimentos da arte de pensar*. São Paulo: Abril Cultural, (Os Pensadores).

DIDEROT & D’ALEMBERT, Jean le Rond. *Enciclopédia, ou Dicionário razoado das ciências, das artes e dos ofícios*; JAUCOURT: *Despotismo*; 5 volumes: organização Pedro Paulo Pimenta, Maria das Graças de Souza; tradução (da *Encyclopedie, ou Dictionnaire raisonné des sciences. Des arts et des métiers*) de Maria das Graças de Souza, Pedro Paulo Pimenta, Thomaz Kawauche. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. – 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. – 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. São Paulo: Atlas, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculos dos ídolos ou como se filosofa com o martelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.109

NOGUEIRA, Rubem. *Curso de Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: José Bushatsky, 1979.

PESTANA, Fernando. *A gramática para concursos públicos – 3ª edição*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PRADO JR, Bento. *A retórica de Rousseau e outros ensaios*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

ROUSSEAU, J.-J. *Du contract social, Écrits politique, Ou principes du droit politique*. In: _____. *Oeuvres complètes*. v. 3. Paris: Gallimard, 1964. (Bibliothèque de la Pléiade).

SILVA, Homero Batista Mateus da. Homero. *CLT Comentada*. -3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

**OS DIREITOS
SOCIAIS
FUNDAMENTAIS E A
INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE
DE NORMA JURÍDICA
DISCRIMINATÓRIA**

Geovane de Assis

1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica processual (legislativa, doutrinária e jurisprudencial) elegeu a *prova* (testemunhal, documental e material), o *ônus da prova* e a *inversão do ônus da prova* como meios hábeis potencialmente capazes de convencer o juiz da existência ou não de fatos em que se baseia o direito postulado. Na órbita dessas categorias, flutua o objeto comum a ser provado, a saber: o fato — donde emerge a primeira inquietude: a quem incumbe o ônus da prova do fato?

Malgrado intuitiva, a resposta se impõe, não, é certo, como algo novo, mas enquanto suporte elementar para alcance e compreensão de outra inquietude que move o presente artigo: — seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova” nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica? Se afirmativa a resposta, sobre quem recairia o ônus da prova, nos casos em que a eficácia da norma jurídica é questionada sob o fundamento de incorrer em manifesta regressão e discriminação na tessitura dos direitos sociais fundamentais?

Pois bem. O objetivo básico do presente artigo é responder a problemática, noticiando que, com esteio no princípio do não retrocesso social, a categoria da “inversão do ônus da prova” aplicada na processualística civil e trabalhista serve de aporte exegético judicial para solução da coisa litigiosa substanciada nas ações declaratórias de inconstitucionalidade de normas jurídicas discriminatórias no âmbito dos direitos sociais fundamentais — mais precisamente, dos direitos prestacionais laborais.

Para consecução desse fim, o autor se valerá de um texto descritivo e explicativo, subdividido em três partes redutíveis

entre si, onde, inicialmente, o leitor repousará a visão sobre as prévias considerações acerca dos institutos da *prova*, *ônus da prova* e *inversão do ônus da prova* na processualística civil-trabalhista, com as devidas anotações doutrinárias e jurisprudenciais. Em seguida, navegará, panoramicamente, sobre o conceito, a classificação e o princípio do não retrocesso dos direitos sociais fundamentais. Em seguida, conhecerá a questão meritória consubstanciada nos direitos fundamentais sociais-laborais sob a perspectiva do fenômeno processual da inversão do ônus da prova no âmbito do controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória.

Nas linhas finais, serão apresentadas breves considerações acerca da temática investigada, revelando sua importância para o arcabouço jurídico constitucional relacionado aos direitos fundamentais sociais laborais. As referências bibliográficas serão de utilidades para costumeira consulta dos textos seminais e interpretativos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PROCESSUALÍSTICA CIVIL E TRABALHISTA

2.1.1 A prova¹

Diz-se “prova” aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato é verdadeiro, constituindo assim uma evidência, uma comprovação². Provar é, pois, convencer o espírito de verdade respeitante a alguma coisa.³

1 Gr. tekunptov; lat. probatio; in. proof; fr. preuve; al. beteis; it. prova.

2 HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 2320, 2001.

3 SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao código de processo civil, vol. IV. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 2. 1988.

Desde uma perspectiva filosófica, a prova constitui um procedimento apto a estabelecer um saber, um conhecimento válido; todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho ou efetuar uma indução são prova tanto quanto as demonstrações da matemática e da lógica⁴; ou ainda: uma demonstração logicamente válida realizada a partir de axiomas ou de outras premissas aceitas.⁵

Juridicamente, é a demonstração de que algo se verificou;⁶ tudo que pode convencer da certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida.⁷ No viés processual, o meio hábil de convencer o juiz da existência de fato⁸ em que se baseia o direito do postulante, pois que ninguém vai a juízo alegar fato sem finalidade jurídica.⁹

Moacyr Amaral Santos lembra que a prova guarda dois sentidos: um *amplo* e outro, *restrito*. Naquele, provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. Neste, a *prova judiciária*, tem *por objeto* os “fatos da causa” — “os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou exceção”; *por finalidade*, a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa; e *por destinatário*, o juiz.¹⁰

4 ABBAGANNO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 805.

5 BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977, p. 324.

6 MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. Dicionário Jurídico. vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, p. 724, 1990.

7 NÁUFEL, Jose. Novo dicionário jurídico brasileiro, 7ª. ed., vol. III. São Paulo: Parma, p. 766, 1984.

8 O termo “fato” (in. Fact; fr. Fait; al. Tatsache; it. Fatto), em geral significa “[...] uma possibilidade objetiva de verificação, constatação ou averiguação, portanto, também de descrição ou previsão — objetiva no sentido de que todos podem fazê-la nas condições adequadas [...] Os fatos têm duas características fundamentais: a) referência a um método apropriado de confirmação ou verificação; b) independência em relação a crenças subjetivas ou pessoais de quem emprega o método. Precisamente em vista dessas duas características, a capacidade de “olhar os fatos”, de “considerar os fatos” ou de “aceitar os fatos hoje é considerado um dos requisitos fundamentais não só do cientista e do pesquisador em geral, mas de qualquer cidadão. (ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia, p. 429).

9 Ibidem.

10 SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, p. 2, 1988.

A prova judiciária consiste na convicção de que os meios probatórios produzidos pelas partes no processo geram no espírito do juiz a impressão da existência ou inexistência dos fatos¹¹. Enfim, a prova é destinada a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa, através dos meios de prova. Daí a prova no *sentido objetivo*: meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo; e no *sentido subjetivo*: formar no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.¹² Mas provar, impõe um ônus.

2.1.2. O ônus da prova

Do latim *onus*, ônus quer dizer carga, fardo, peso¹³; sobrecarga ou incumbência, dever, encargo, obrigação de alguém.¹⁴ Assim, se, numa dada situação, existe a pressuposição razoável de que algo é verdadeiro, quem procura provar o oposto, cabe-lhe o *ônus da prova*¹⁵. Desde uma perspectiva jurídica, “ônus da prova” constitui o encargo a carga de provar, de produzir prova da afirmação ou do fato. Traduz-se, apropriadamente, por *dever de provar*, no sentido de *necessidade de provar*, isto é, do dever no sentido de interesse ou necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.¹⁶

Cumprе relembrar que o *ônus processual probatório* não significa que a parte está obrigada a praticar determinados atos no curso do processo, mas que a inexecução (culposa ou dolosa) pode acarretar prejuízos jurídicos.¹⁷ A propósito, Isis de Almeida

11 *Ibidem*, p. 4.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*, p. 21.

14 ABBAGANNO, Nicola. Dicionário de filosofia, p. 2067.

15 BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de filosofia, p. 274.

16 *Ibidem*.

17 HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2067.

destaca que o “dever” se distingue do “ônus”, antes de tudo, porque, neste, não há a obrigação no sentido jurídico que caracteriza aquele; ao contrário, o *dever jurídico* vincula uma sanção externa, positiva, já que existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena; já no *ônus da prova*, existe uma incumbência, um encargo.¹⁸ Seu conceito não contém uma ideia de pena e, por consequência, nada é cominado juridicamente a quem não prova. Em verdade, o que se pretende com o *ônus probandi* é definir responsabilidades processuais de demonstração legal de fatos que precisam vir à luz e cuja veracidade precisa ser evidenciada ou revelada ao juiz.¹⁹

[...] provar [...] consiste em um ônus. [...] de uma atividade a ser desenvolvida pela parte, com vistas a seu próprio benefício. A omissão em [...] provar gera um gravame para a parte que não se desincumbiu do ônus que lhe tocava. Diferente da obrigação, que é exigível, o ônus não o é. A obrigação pode ser convertida em pecúnia, ao passo que o ônus não. A ausência da prova produz, geralmente, uma desvantagem pelo não exercício do ônus. Isto porque, embora a parte estivesse onerada com a prova, nem por isso poderá vir a sucumbir pela ausência da sua demonstração, caso o adversário, desavisadamente, venha a preencher o espaço probatório que não lhe competia, fazendo prova contra o seu próprio interesse.²⁰

Logo:

Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. O réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam,

18 ALMEIDA, Isis de. Manual de direito processual do trabalho. -4ª ed. São Paulo: LTr, pp. 123-124, 1991.

19 Ibidem.

20 Dalzimar Tupinambá Apud SOUZA, Otavio Augusto Reis de. Direito e processo do trabalho. R. J: Forense, pp. 316-317, 1974.

direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova); b) se alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova de exceção, no sentido amplo).²¹

Nesse contexto, pergunta-se: a quem incumbe o ônus da prova? O Código de Processo Civil vigente responde: ao “autor”, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (Incs. I e II, do art. 373, do CPC/2015). Filiando-se à lição de CHIOVENDA, Moacyr Amaral esclarece que ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos (eficácia jurídica seminal) da relação jurídica litigiosa.

Por seu lado, o réu deve prover a prova de suas afirmações (i) se alega fatos que atestam (direta ou indiretamente) a inexistência dos fatos alegados pelo autor (*prova contrária, contraprova*); (ii) se alega *fatos impeditivos* (circunstância que impedem decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui sua razão de ser), *extintivos* (eficácia jurídica extintiva da relação jurídica) ou *modificativos* (eficácia de modificar a relação jurídica), ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova da exceção)²².

Seguindo Betti, Moacyr Amaral aclara: quem tem o ônus da ação, tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção [defesa ou resposta do réu], tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Logo, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos; ao réu, os impeditivos, extintivos ou modificativos²³.

E para promover a prova dos fatos alegados, autor e réu podem se valer em Juízo de todos os meios admitidos na

21 Chiovenda apud SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao código de processo civil, p. 26.

22 SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 26.

23 Ibidem, p. 25

processualística, a saber: ou testemunhal (afirmação pessoal oral), ou documental (afirmação escrita ou gravada) ou material (qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; atestação emanada da coisa: exames periciais).

Respondendo à pergunta “a quem incumbe o ônus da prova? ”, o legislador do texto consolidado (CLT), cambiando apenas os nomes dos litigantes, assera que o *ônus da prova incumbe ao reclamante*, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e *ao reclamado*, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante²⁴.

O ônus de provar o fato constitutivo do direito cabe ao autor, consoante estabelecem os art. 818 da CLT e 373, I, do CPC, enquanto ao réu incumbe fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito perseguido, conforme art. 373, II, do CPC.²⁵

Quando a Reclamada nega qualquer prestação de serviço em seu benefício, recai sobre o Reclamante o ônus da prova do vínculo empregatício, que correspondente ao fato constitutivo do direito postulado (inteligência extraída dos preceitos contidos nos artigos 373, I, do CPC e 818 da CLT).²⁶

Ao alegar a quitação do direito pretendido pelo Reclamante, a Reclamada atrai para si o ônus de comprovar o fato extintivo, nos termos do art. 818 da CLT e art. 373, II, CPC/15 (art. 333, II, do CPC/73). Neste

24 Incs. I e II, do art. 818, da CLT/2017: “Art. 818. O ônus da prova incumbe: I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. Cf.: BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 15 dez. 2019.

25 In: Processo 000004973.2015.5.05.0641. RecOrd. Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 10/12/2019 (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16 dez. 2019)

26 In: Processo 0000730-49.2014.5.05.0521 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 16/05/2017. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16 dez. 2019).

sentido, inclusive, a Teoria da Aptidão para a prova e Súmula 461/TST.²⁷

2.1.3. A inversão do ônus da prova.

A concepção doutrinária clássica evidencia que a distribuição do ônus da prova se funda em dois sistemas teóricos, sendo um *estático* e outro, *dinâmico*. Pelo primeiro, o legislador estabelece regras fixas, objetivas e imutáveis, situação em que o juiz se encontra amalgamado às regras estabelecidas, quedando, portanto, impossibilitado de alterar o ônus da prova. Eis o sistema adotado por Chiovenda.²⁸ Pelo segundo, além das medidas fixadas *a priori* pelo legislador, o juiz, na busca da convicção racional frente às alegações fáticas articuladas, goza de poderes durante a investigação probatória para tornar menos rígidas *a posteriori* as regras de distribuição e inversão do *ônus probandi*, afastando do litigante o peso da prova, sobretudo quando surgirem peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do encargo.

No balanceamento do jogo probatório, o direito potestativo encarnado no julgador não o transforma num déspota: não pode o juiz, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito probatório. No lugar da força, o juiz deverá observar a racionalidade e a equidade; e no da arbitrariedade, a razoabilidade, isto é, o bom senso jurídico. Para além desses marcos, o juiz certamente atuará em flagrante desvio de poder e finalidade — portanto, em manifesto prejuízo à balança da Justiça.

Sem abrir mão do sistema estático encartado no código de ritos vigente, o Texto de 2015 recepcionou a teoria dinâmica, arrastando o juiz da inércia dogmática em que se encontrava

27 In: Processo 0000866-07.2013.5.05.0028 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 23/11/2017. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16 dez. 2019).

28 Apud Moacir Amaral Santos. Comentários ao código de processo civil de 1973, p. 26.

na administração da distribuição do ônus da prova. Com efeito, ao prescrever que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (sistema estático — Art. 333, incisos I e II do CPC/1973), o legislador do novo CPC dispõe que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (sistema dinâmico), sem gerar, contudo, situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (*Caput* e §§ 1º e 2º., do art. 373, do NCPC/2015).

No que tange à distribuição do ônus da prova sob a perspectiva da Consolidação das Leis do Trabalho, o sistema adotado é, por assim dizer, misto, isto é, estático, mas com abertura positiva para o sistema dinâmico. Com efeito, sendo menos analítico e mais simples, o legislador de 1943 prescrevia que a prova das alegações incumbia à parte que as fizesse (Art. 818, da CLT): a cada parte competia fornecer os elementos de prova das alegações. Mas com o advento da “Reforma Trabalhista”, fez-se inserir no art. 818, da CLT, o sistema dinâmico:

Art. 818. § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 3º. A decisão referida no § 1º. deste artigo não pode gerar situação em

que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.²⁹

O ilustre José Augusto Rodrigues Pinto justifica que o princípio da proteção do hipossuficiente econômico tem impellido a jurisprudência trabalhista a abrandar o traçado rígido dessa divisão de ônus, invertendo-o, de referência a fato constitutivo, cuja comprovação seria problemática para o empregado, em razão de sua própria subordinação jurídica. O abrandamento, continua, se faz por meio de artifício de presumir-se verdadeiro, *juris tantum*, o fato constitutivo alegado, o que reverte ao empregador o dever da prova ilidente da presunção.³⁰

Negado o vínculo empregatício, mas admitida a prestação de serviços por parte do reclamante, inverte-se o ônus da prova, nesse sentido, a cargo do reclamado, porque ventilado o fato impeditivo do direito do autor, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II do CPC, ainda que tenha sido imposta a pena de confissão ao reclamante, posto que seus efeitos podem ser elididos pela prova pré-constituída nos autos, na forma da súmula 74, II do TST.³¹

A não apresentação dos controles de jornada do período laborado ou, ainda, a juntada de controles sem a assinatura do obreiro, que foram tempestivamente impugnados, autoriza a inversão do ônus da prova, que fica a cargo da empregadora, consoante entendimento pacificado na Súmula 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho.³²

29 BRASIL Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20 dez. 2019.

30 Pinto, J. A. Rodrigues. Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática. São Paulo: LTr, p. 352, 2001.

31 In: Processo 0044600-72.2008.5.05.0031 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 17/06/2009. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

32 In: Processo 0000489-08.2014.5.05.0511 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 24/09/2018. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

São inválidos como meio de prova os cartões de ponto que registram horários sistematicamente invariáveis de entrada e saída, por atraírem a presunção de total desapego ao horário real de labor, haja vista ser humanamente impossível tamanha regularidade na vida cotidiana. Assim, há inversão do ônus da prova no que tange à jornada, que passa a ser do empregador (Súmula n. 338, III, do TST).³³

O leitor que chegou até aqui já deve ter lembrado de que, para solução dos conflitos de interesses resistidos entre os litigantes nas esferas civil e trabalhista, a dogmática jurídica processual elegeu a prova (testemunhal, documental e material), o ônus probandi e a inversão do ônus da prova como categorias hábeis ao convencimento do juiz da existência de fatos em que se baseia o direito postulado; igualmente de que essa tríade possui como objeto comum o “fato por provar-se”.³⁴

Assim lembrado, é tempo, pois, de atentar para a seguinte questão: seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica? Se afirmativa a resposta, a quem então incumbiria o ônus da prova, nos casos de questionamento da eficácia de norma jurídica editada com a nódoa da discriminação relacionada a direitos sociais fundamentais?

2.2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA DISCRIMINATÓRIA NO ÂMBITO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.

Para resposta, anote-se de Paulo Gustavo Gonet Branco que os direitos fundamentais são firmados como “núcleo da

33 In: Processo 0036100-40.2009.5.05.0012 RecOrd, Origem LEGADO, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 16/09/2011. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

34 SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao código de processo civil de 1973, p. 5.

proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões”, porquanto consagrados em preceitos de ordem jurídica, característica essa que serve de traço divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos.³⁵

A propósito, a expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem; são direitos postulados em base jusnaturalista, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. O Autor esclarece que, por sua vocação universalista e supranacional, a expressão *direitos humanos* é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução *direitos fundamentais*, aduz, é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscitos em diplomas normativos de cada Estado. Enfim, são direitos que vivem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo.³⁶

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado da maturação histórica, o que permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas.³⁷ Na lição de José Carlos Viera de Andrade, os direitos fundamentais podem ser considerados de diversas dimensões ou perspectivas, a saber: filosófica ou jusnaturalista, estadual ou constitucional e universalista ou internacionalista.³⁸

35 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 157, 2011.

36 *Ibidem*, p. 166.

37 *Ibidem*.

38 ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. – 5ª. ed. Coimbra: Almedina, pp. 15-36, 2016.

Malgrado os direitos fundamentais tenham começado a existir com a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, o mais vasto reside no círculo de direitos que serão aqui analisados sob a rubrica dos direitos sociais laborais fundamentais. Para bem compreendê-los, ainda que de forma sucinta, mister trazer à luz algumas das classificações emergentes da dogmática dos direitos sociais fundamentais. A primeira delas leva em consideração a evolução histórica sob a *matriz liberal* (direitos de liberdade), a *matriz democrática* (direitos políticos) e a *matriz social* (direitos sociais).

Nessa mesma linha evolutiva, Paulo Branco alude à classificação sob a rubrica das “gerações dos direitos fundamentais” (evolução desses direitos no tempo), a saber: a) os direitos de primeira geração: seriam os primeiros direitos a serem positivados com objetivo de fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder, enquanto postulados de abstenções dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida escolar de cada indivíduo, referindo às liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade do domicílio, à liberdade de reunião; b) os direitos de segunda geração ou direitos sociais, assim chamados por se ligarem a reivindicações de justiça social; c) e, finalmente, os direitos de terceira geração, caracterizados pela titularidade difusa ou coletiva³⁹, porquanto concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas da coletividades, de grupos — como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.⁴⁰

Outra importante classificação reside na *Teoria do Status* de Georg Jellinek, fundada em quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado — a saber: *status subjectionis* (estado passivo), *status libertatis* (estado negativo), *status civitatis* (estado positivo) e *status activus* (estado de cidadania

39 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, pp. 155-156.

40 Ibidem, p. 157.

ativa). Robert Alexy explica que o termo “*status*” revela “una relación con el Estado que califica el individuo”, ou seja: “una relación formada entre el individuo y el estado”. Assim é que, no estado passivo ou de sujeição (*status subjectionis*), o indivíduo se encontra submisso ao Estado⁴¹, detendo este a competência para vincular o indivíduo⁴² por meio de mandamentos e/ou proibições jurídicas⁴³.

No estado negativo (*status libertatis*), a circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos poderes públicos: “Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvincilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do estado “é exercida sobre homens livres”.⁴⁴ Logo, um status negativo consiste em uma esfera de liberdade individual⁴⁵. Nessa esfera, uma “acción es libre cuando no está ni ordenada ni prohibida, es decir, cuando tanto su ejecución como su omisión están permitidas”.⁴⁶

Relativamente ao estado positivo (*status civitatis*), há situações em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, ou seja, que realize uma prestação em seu favor.⁴⁷ Nesse *status*, o Estado confere ao indivíduo o “status de la civilidade”, garantindo-lhe “*pretensiones a su actividad*”, facilitando-lhe meios jurídicos para sua realização. Em outras palavras, o indivíduo não só tem “derecho a algo”, como também “competência” para hacer exigibles.⁴⁸

41 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales, p. 220, 2017.

42 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 177.

43 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 221.

44 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 177.

45 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 223.

46 Ibidem.

Ibidem, p. 228.

47 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 178.

48 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 228.

Já no estado de cidadania ativa (*status activus*), o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado. O direito ao voto é exemplo desse *status*, onde o indivíduo exerce os poderes políticos.⁴⁹ Para Jellineck, aduz Robert Alexy, “al status activo tienen que pertenecer sólo las competencias que tienen como objeto una “participación en el Estado”, que servem para “formación de la voluntad estatal”.⁵⁰

Como que sintetizando os quatro *status* de Jellineck, fala-se ainda da classificação dos direitos sociais fundamentais sob o viés do “conteúdo” ou “proteção”. São eles: os direitos “de defesa”, os direitos “de participação” e os direitos “a prestação” ou direitos “prestacionais”.

Os *direitos de defesa* caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo; objetivam a limitação da ação do Estado: a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos do indivíduo (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. Na ordem jurídica brasileira, os *direitos de defesa* estão contidos no art. 5º, da CF/1988.⁵¹

Já os *direitos prestacionais* partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Surgem da vontade efetiva de estabelecer “uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado. Se, por um lado, os direitos de defesa asseguram as liberdades, por outro,

49 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 178.

50 ROBERT, Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, p. 231.

51 “[...] não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inc. II); não se submeter a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV); a liberdade de crença e de exercício de culto (inc. VI); a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inc. IX); a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inc. X); o sigilo de comunicações (inc. XIII); a liberdade de locomoção (inc. XV); a liberdade de associação para fins lícitos (inc. XVII); a proibição de penas de caráter perpétuo (inc. XLVII, entre outros.” – Cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, pp. 178-179.

os direitos prestacionais buscam favorecer a condições materiais indispensáveis do desfrute efetivo dessas liberdades; referem-se uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão.

Os direitos prestacionais podem corresponder a prestação material e a prestação jurídica. Paulo Gustavo Mendes doutrina haver direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. Nesse caso, o objeto de prestação será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental, podendo consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização de procedimentos.⁵² O direito à organização e ao procedimento⁵³ envolve não só a exigência de edição de normas que devem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam.

Assim, o direito de acesso à Justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem os pedidos de solução de conflitos pelo Estado. Entrementes, não se poderá interpretar o direito processual de modo excessivamente rigoroso, a ponto de inviabilizar, por motivos menores, a intervenção efetiva do Judiciário na solução de um litígio: é que, as regras processuais devem ser entendidas como orientadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichosos, com o fito de dificultar, desnecessariamente, a prestação jurisdicional⁵⁴.

Já os direitos a prestações⁵⁵ materiais ou direitos a prestação sem sentido estrito ou direitos prestacionais materiais

52 Ibidem, p. 181.

53 Sobre a subsunção dos direitos fundamentais sob o aspecto jurídico-material ao “status activus processualis” cf.: HÄBELE, Peter. Direitos fundamentais no estado prestacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 53-56, 2019.

54 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, pp. 181-182.

55 Cf.: HÄBELE, Peter. Direitos fundamentais no estado prestacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

são assim rotulados porque resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço), tais como os constantes do catálogo do art. 6º, da Constituição Federal, a saber, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência⁵⁶.

Tem-se, portanto, que os direitos a prestação material são conectados propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades; envolvendo-se, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade; e se notabilizando por uma decisiva dimensão econômica, já que satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Daí a argumentação dogmática defender, sem certa razoabilidade, que os direitos prestacionais materiais estão submetidos à *reserva do possível*⁵⁷.

Robert Alexy diz que, quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à seguridade social, ao trabalho, à vivência e à educação, faz-se primariamente referência a direitos prestacionais em sentido estrito, ou seja, àqueles direitos que o indivíduo tem de obter algo do Estado — a exemplo do trabalho.⁵⁸

Os direitos sociais nascem a partir da ideia de que a garantia da liberdade do desenvolvimento pessoal depende do asseguramento simultâneo das bases materiais para uma vida digna.⁵⁹ O conjunto desses direitos estão sensivelmente disciplinados no *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, So-*

56 Vieira de Andrade apud MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 182

57 Maiores explicações, cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de direito constitucional, pp. 183-188.

58 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 443.

59 KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, pp. 248-249. 2006.

ciais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é membro signatário do desde 24 de abril de 1992, quando assumira o compromisso de adotar medidas —tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis— que visassem à assegurar, *progressivamente*, e por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.⁶⁰

Com a assinatura e ratificação do PIDESC, o Brasil avocara, livremente, a responsabilidade obrigacional de observar, executar e dar cumprimento a todo conteúdo programático e efetivo nele contido (Art. 1º, do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 c/c o art. 7º, do seu Anexo) — sobremaneira o relacionado aos direitos sociais laborais, passando a reconhecer aos trabalhadores brasileiros:

(a) o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, capaz de assegurar, em especial, uma remuneração que proporcione, no mínimo, um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de igual valor, sem nenhuma distinção, devendo, em particular às mulheres, ser garantidas condições de trabalho não inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual; (b) uma existência decente para os próprios trabalhadores e suas famílias; (c) condições de trabalho seguras e higiênicas, além de iguais oportunidades para todos a serem promovidos no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual; (d) o direito ao repouso-descanso e lazer, além de limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos. (Art. 7º, do PIDESC).

60 ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, p. 19, 2004.

Sob a perspectiva sócio-político-econômico-filosófica e normativa do PIDESC, sublimado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, Carta Internacional dos Direitos Humanos, Carta das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho, o Brasil promulgou a Constituição Federal de 1988 com a declaração de que constitui um Estado Democrático de Direito e com a obrigação de dar ênfase à prevalência dos direitos humanos e aos valores sociais do trabalho inscritos nos artigos 1º e 4º, da Constituição Federal. Assim é que, na esteira dos textos consolidado, constitucional e dos pactos internacionais, o *trabalho* passara a compreender o sagrado direito de todo brasileiro de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito.

Ao eleger o “trabalho” como um dos primados dos direitos sociais inalienáveis, a par de outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores brasileiros, a constituição republicana de 1988 adotou medidas apropriadas para protegê-lo, consubstanciando-o no art. 6º do PIDESC e art. 6º, do Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), como *direitos sociais fundamentais*. De maneira que, no esforço de contínua regulação⁶¹ fundada no Estado social dos direitos, o compromisso brasileiro acerca da efetividade dos direitos sociais laborais, na forma do art. 2º, do PIDESC, há de se alinhar ao compromisso de perseguir o máximo de recursos disponíveis que visem a assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Gilmar Mendes registra que a Constituição de 1988 consagra e expressa amplo catálogo de direitos sociais, seguindo, em parte, a tradição inaugurada pela constituição de 1934, que, pela primeira vez, incluiu os direitos sociais no seu texto.⁶² Nos

61 Sobre “regulação” e “regulamentação”, cf.: Dutra, Renata Queiroz. Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho. São Paulo: LTr, 2018.

62 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 681, 2011.

termos da Carta Constitucional vigente, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.⁶³ Dentre esses direitos sociais, o legislador constituinte deu relevante destaque aos direitos sociais do trabalhador, conformemente se vê no catálogo do art. 7º, do Capítulo II dos Direitos Sociais e Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, do Texto Constitucional.⁶⁴

63 Ibidem.

64 "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; 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; jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; aposentadoria; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; proteção em face da automação, na forma da lei; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; proibição de

A partir do percurso concernente à dogmática dos direitos sociais fundamentais, já se encontram maduras as condições de possibilidade para responder às questões: a) seria razoável a crença na possibilidade das categorias do “ônus da prova” e da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa litigiosa não constitui um fato e sim uma norma jurídica?; b) se sim, na arguição de inconstitucionalidade de preceito normativo jurídico regressivo e discriminatório no âmbito dos direitos sociais fundamentais, a quem caberia o ônus da prova?

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Victor Abramovich e Christian Courtis defendem a tese de que a construção do modelo jurídico fundado no direito social constitui um veículo através do qual se realizam as funções do *Estado social*, *Estado de bem-estar* ou *Estado de providência*.⁶⁵ Entre tantos postulados que informam o modelo do direito social, destacam os seguintes: a “consideração de desigualdades materiais”, de “poder político e econômico” e de “informação entre distintas classes de sujeitos de direito”, com relevante “trato desigual de sujeitos encontrados em distintas posições” — situações que autorizam a geração de “princípios de interpretação e regras processuais (como a inversão da carga probatória acreditado o dano na relação laboral, ou o estabelecimento de presunções processuais a favor da parte considerada mais fraca) acordes com esse tratamento desigual”.⁶⁶

distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. 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.

65 ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 53.

66 *Ibidem*, p. 55.

Deveras, os atos dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) devem conformidade aos direitos sociais fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.⁶⁷

De modo que, no âmbito do Poder Legislativo, não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com os sistemas de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.

Conquanto não tenha aceitação universal na dogmática dos direitos fundamentais sociais, o Legislador está diretamente vinculado à proibição do retrocesso social. Quem admite tal vedação, sustenta que, no que tange a direitos fundamentais, dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar; e uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas.⁶⁸

[...] o núcleo dos direitos já realizados e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas [...] que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam [...] numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.’⁶⁹

Por conseguinte, observar e efetivar a exigibilidade de *progressividade* ou de *não-regressividade* dos direitos sociais fundamentais (e aí, os trabalhistas) constitui cláusula contratual multilateral da qual o Estado Brasileiro não pode se alijar, sendo-lhe mesmo vedado formular qualquer interpretação no sentido de se dedicar a quaisquer atividades ou práticas de atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no PIDESC; não podendo, inclusive, impor-lhe limitações mais

67 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p.167.

68 Ibidem, p. 168.

69 Ibidem (Canotilho apud Paulo Branco).

amplas do que aquelas nele previstas, ou qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (Arts. 2º e 5º do PIDESC).

A obrigação de progressividade dos direitos econômicos, culturais e sociais é cláusula escrita na alínea c, do artigo 2º, do PIDESC, que prescreve que cada um dos Estados Partes se comprometam a adotar medidas (por si ou mediante assistência e/ou cooperação internacional, especialmente, econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que se dispõe) para conseguir progressivamente (por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas) a plena efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais reconhecidos no Pacto.

É verdade que, na exegese do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o conceito de realização progressiva guarda o sentido de que referidos direitos não podem ser alcançados pelos pactuantes em um período curto. A temporalidade deve ser significada como um “mecanismo necessariamente flexível”, que leva em conta as realidades do mundo real e a dificuldades que representa para todo país o asseguramento da plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem que implique retardo no mover-se tão rápida e efetivamente quanto seja possível para cumprimento da meta firmada.⁷⁰

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Víctor Abramovich e Christian Courtis asseveram que a noção de progressividade implica progresso, significando que o Estado Parte deve “mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”, de maneira que as medidas adotadas para implementação dos direitos reconhecidos devem ser deliberadas, concretas e orientadas

⁷⁰ ABRAMOVIC, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, pp. 93-95.

para efetivo cumprimento das obrigações ajustadas no Pacto. Advogam que a obrigação mínima, assumida por cada membro do Pacto, é de “no regresividad” — quer dizer, “la prohibición” de sancionar normas jurídicas ou desenvolver medidas e práticas políticas que precarizem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais existentes e gozados pela população à época da filiação ao tratado internacional.⁷¹

Dado que o signatário se obriga a melhorar a situação destes direitos, acrescentam que, “simultáneamente, assume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o [...] de derogar los derechos ya existentes”, razão pela qual a obrigação assumida pelo Estado deve ser sempre “ampliadora”, haja vista “la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”⁷². Lembrem que, sob o véu do devir progressivo, o Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas adverte que “cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto” requererá uma cuidadosa consideração, que deverá ser plenamente justificada referentemente à totalidade dos direitos no Pacto. Nesse sentido, anotam que:

[...] los Principios de Maastricht consideran violatorias de los derechos económicos, sociales e culturales “la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza” (principio 14a) [...] y “la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho” (principio 14e).⁷³

“La obligación de no regresividad” constitui uma limitação que os tratados de direitos humanos pertinentes e, eventualmente, a Constituição, “imponem sobre los Poderes

71 *Ibidem*, p. 93.

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*, p. 94.

Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales”. É dizer, “la obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue ou reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población”⁷⁴.

Apesar da vedação, não são poucos os casos em que os poderes do Estado-Parte do PIDESC agem com culpa ou dolo no descumprimento da diretiva obrigacional pactuada, situação em que caberá ao Poder Judiciário (quando provocado pela vigilância e censura da opinião pública) rever a prática de atos contrários ao primado da não-regressividade social desses direitos.

A vigilância panóptica do Poder Judiciário sobre os demais poderes se impõe na medida em que a rapacidade de príncipes e reformadores legislativos está sempre a espreitar e expropriar rapidamente a desregulamentação normativa infra e constitucional com intuito de mitigar ou excluir dos trabalhadores direitos sociais laborais historicamente assegurados, impondo-lhes, quando alcançados, manifesta regressão — como parece ocorrer com a chamada “Reforma Trabalhista”.

Portanto, a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais implica estreita observância ao princípio do não retrocesso social, já que cabe a ele a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados sob o cariz discriminatório (de raça, cor, religião, etnia...); de maneira que a defesa dos direitos sociais fundamentais é da essência de sua função⁷⁵.

Robert Alexy lembra que “sempre que alguém tem um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe atribui este direito”.⁷⁶ Destaca que a expressão “norma” — igualmente como outras similares, como,

74 Ibidem, pp. 94-95.

75 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 172.

76 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 31.

por exemplo, “regla”, “mandato” ou “prescrição” — tem um lugar próprio na linguagem ordinária e em outras ciências tais como a sociologia, a etnologia, a filosofia moral e a linguística. De modo que a utilização da expressão “norma” em todos estes âmbitos, caracteriza-se pelo fato de que é usada com diferentes significados⁷⁷, podendo a “norma” ser entendida como um ato mediante o qual se ordena, proíbe, permite, e, especialmente, se autoriza uma conduta.

A norma distingue de um “enunciado normativo”⁷⁸. Exemplo de “enunciado normativo” é o disposto no inc. XXX, do art. 7º, da CF/88: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Este enunciado normativo expressa uma norma com o significado de que “está proibida a diferença salarial, funcional, admissional em razão do sexo, idade, cor ou estado civil”. Uma “norma” é, pois, o significado ou sentido de um “enunciado normativo”.⁷⁹

Conforme Alexy, “toda norma pode ser revelada por meio de um enunciado normativo”. No exemplo de que se cuida, a norma do enunciado normativo constitucional “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” pode ser significada com as seguintes expressões: “não pode haver diferença de”, “não deve haver diferença de”, “é proibida a diferença de”. Logo, norma é a significação deôntica do enunciado normativo de uma lei.

É certo que, de acordo com a lição de Paulo Gustavo Gonet, no âmbito da interpretação das leis, há de ser considerado o *princípio da interpretação conforme a Constituição*, não devendo, assim, pressupor que o legislador haja querido dispor

⁷⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 33.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 36-37.

em sentido contrário à Constituição, pois que, ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade.⁸⁰

Malgrado as leis editadas pelo Legislativo gozem *prima facie*⁸¹ da presunção de constitucionalidade, cumpre registrar, no âmbito da dogmática dos direitos sociais fundamentais as seguintes indagações de Abramovich e Courtis: “quais são as consequências que acarreta a sanção de uma lei ou de um regramento regressivo? A regressividade — insistem — constitui por si uma razão de invalidez ou inconstitucionalidade?” Ao que, ato contínuo, respondem: “a regressividade constitui um fator agravado da análise de razoabilidade”; e que “a prova de que uma norma é regressiva determina uma presunção de invalidez ou de inconstitucionalidade, transferindo ao Estado a carga de argumentar a favor da racionalidade da legislação proposta”.⁸²

Argumentam que, no marco do direito antidiscriminatório, desde o ponto de vista processual, corresponde ao demandante demonstrar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego de uma das denominadas “categorias sospechadas”; e que a justificativa reside na tentativa de erradicar ações do Executivo e Legislativo preñhas de “prejuízos contra minorias discretas e insulares”.⁸³ Assim, quando, em uma demanda, o autor acredita haver o emprego em uma norma jurídica de uma *categoría sospechada* como critério para efetuar uma distinção legal, a carga da prova para justificar a medida se inverte em detrimento do Estado.

[...] cuando se crea una distinción en función de algún de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación,

80 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 110.

81 Sobre o caráter *prima facie* das regras e princípios, conferir: “ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, p. 79 usque 95.

82 ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, p. 148.

83 *Ibidem*, p. 103.

se trate de provisiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora.⁸⁴ [...] Así, se dice que en el artículo 14 de la Constitución española existe una “interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, condición social) que el precepto expresamente menciona”. [...] Así, la alegación de que el factor diferenciador ha sido uno de los mencionados en el artículo 14 alivia al recurrente la carga de demostrar la “relevancia” constitucional de la desigualdade. Outra consecuencia de que el factor diferencial este expresamente prohibido afecta en el derecho español a la carga de la prueba, cuya inversión opera en los casos de desigualdad de trato.⁸⁵

Segue-se, então, que, no âmbito da analítica da não regressividade social, o autor corre com o ônus de demonstrar, inicialmente, o caráter regressivo da norma, acreditando que o grau de proteção oferecido pela nova norma constitui um retrocesso com respeito ao existente com a norma anterior. Uma vez demonstrado o caráter regressivo, Abramovich e Courtis preconizam que a norma se presume inválida, situação que enseja a inversão do ônus argumentativo da prova (justificativa) em desfavor do Estado, quando terá a carga de acreditar que, em que pese ser regressiva, a nova norma é justificável.

En cuanto al estándar de juicio, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado escrutinio estricto (strict scrutiny): la carga de demostración de la Administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. El estándar es aplicable ante las ya comentadas categorías sospechadas en caso de discriminación, y

84 Ibidem.

85 Ibidem, p. 104.

en general ante la revisión judicial de restricciones a un derecho fundamental: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existência de un “interés imperioso” [...] que justifique la medida adoptada. En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. De acuerdo com Tribe, una de las aplicaciones de este criterio consiste en la anulación de normas jurídicas, sea por la insuficiente relación medio-fin, sea por la debilidad del interés que pretenden satisfacer. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada.⁸⁶

Entre nós, o Plenário do Supremo Tribunal Federal vem se filiando à diretiva hermenêutica correspondente ao *princípio do não retrocesso social* e ao da *não discriminação normativa*. Com efeito, no julgamento da ADI 5.938/DF promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III, do art. 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º, da Lei 13.467/2017 — onde sustentava que: a) a norma consolidada em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre a proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido; b) vulneraria a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais; c) e afrontaria o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais, além de concorrer para manifesta violação do princípio da proibição do retrocesso social —, em

86 *Ibidem*, p. 106

memorável voto, a Ministra Rosa Weber asseverou que o princípio da vedação do retrocesso social não implica engessamento de todas as regras que assegurem direitos sociais.

Para a Ministra, o legislador, ao alterar a redação do art. 394-A, da CLT, para autorizar o trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, reduziu inadequadamente o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras; de modo que a alteração legislativa revelou sensível retrocesso social, na medida em que tentara reduzir inegavelmente a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos. As balizas erigidas pela Constituição, continua, direcionam o legislador ao “aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho”, de maneira que o princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social.

Seguindo a mesma linha argumentativa da Ministra Rosa Weber, mas com ênfase na questão de gênero substanciada no teor discriminatório da norma inquinada de inconstitucional, o Ministro Edson Fachin assim se posicionou:

A luta pela igualdade de gênero, marca indelével da Constituição da República atualmente em vigor no Brasil, é fruto de um longo processo histórico de reconhecimento de direitos às mulheres em igualdade de condições em que tais direitos foram reconhecidos aos homens. Merece ser reproduzido, pela sua importância real e simbólica, já o primeiro inciso do extenso rol de direitos e deveres constante do artigo 5º, da Constituição de 1988⁸⁷. [...] A mulher trabalhadora, com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, passou a ter proteção legal expressa e específica em capítulo especial da-

87 “Art. 5º, da CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

quele diploma legal⁸⁸[...]. Registre-se que importantes alterações foram feitas a tal regulação normativa, pelas Leis 7.855/1989 e pela Lei 9.799/1999, as quais revogaram normas já obsoletas e incluíram outras necessárias à efetividade da proteção da mulher no mercado de trabalho. Dentre as normas incluídas, destacam-se as vedações impostas a partir de um olhar de discriminação de gênero: Art. 373 - A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medi-

88 “Trata-se do Título III, capítulo III, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece normas cujo principal objetivo fora inserir as mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, proteger as mulheres do preconceito e da discriminação no ambiente do trabalho remunerado, garantir às mulheres condições específicas, considerando principalmente as características próprias da mulher quanto à gestação e maternidade.”.

das temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). Tais normas exemplificam a atenção que o legislador infraconstitucional tem dispensado à mulher, quanto se trata de sua proteção diante de possíveis discriminações, em razão do sexo, principalmente no que diz respeito ao acesso e permanência no mercado de trabalho.

Na perspectiva argumentativa do Estado, o afastamento da gestante ou da lactante do exercício de atividades insalubres não implicaria supressão do adicional de insalubridade, sendo o texto atual mais benéfico à trabalhadora; e que a tese preambular de violação ao princípio da vedação do retrocesso social não poderia prosperar por não ter o condão de assumir uma feição absoluta — de verdadeira imutabilidade dos direitos — e, por conseguinte, imobilizar todo o sistema de proteção dos direitos, devendo, antes, assegurar o núcleo essencial das garantias.

O Plenário do Plenário do STF, apoiando-se no princípio do não retrocesso social e no princípio constitucional contrário a qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, não hesitou em refutar a pretensa justificativa estatal, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo consolidado questionado. Ao fazê-lo sinalizou, oblíqua e positivamente, para inteligência dos incisos XXX, XXXI e XXXII do **Art. 7º**, do Texto Constitucional:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho no-

turno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz.

A decisão do Plenário do STF não foi outra senão a de, reforçando a tese de Abramovic e Curtis, declarar que as possibilidades argumentativas do Estado Brasileiro não são livres, porquanto as *OG n° 3, 13 y 14 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* “fijan los términos del posible marco argumentativo del Estrado”, porque, por um lado, “la medida regressiva sólo se justifica si el Estado demuestra que há considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla”. Logo:

[...] el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implementada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativa”, OG 13, punto 45; “*corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles*”, OG n° 14, punto 32). [...] Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la *totalidad de los derechos previstos en el Pacto*, y b) *que há empleado todos los recursos de que dispone*, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier outro derecho) se vieron favorecidos por la medida.⁸⁹

89 ABRAMOVIC, Víctor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, p. 109.

Para esses ilustres professores, a verificação do caráter regressivo de uma norma tem efeitos similares à existência de um fator de discriminação dos expressamente vedados, dando azo a uma “presunción de ilegitimidad” da medida, o que conduz a necessidade de realizar um “escrutínio estricto” ou um severo controle da razoabilidade e legitimidade da medida e do propósito da norma, quedando a cargo del Estado a prova de sua justificabilidade; e que, havendo dúvida, haverá de se estar contra a validade da norma regressiva.⁹⁰

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Na processualística civil e trabalhista, o “ônus da prova” e a “inversão do ônus da prova” podem recair, indistintamente, sobre autor (reclamante) e réu (reclamado). Já na processualística do controle de constitucionalidade de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória aplicada no âmbito dos direitos sociais fundamentais, o ônus de provar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego de uma das denominadas “categorias sospechadas” é do demandante.

1.1. Mas nos casos de norma discriminatória a “categorias sospechadas”, a inversão da carga probatória recai direta e exclusivamente sobre o Estado, quedando com a incumbência de argumentar — de modo razoável, proporcional e ponderadamente — que a discriminação aplicada não é malfazeja. O não se desincumbir de tal encargo probatório implica inevitável declaração de inconstitucionalidade, o que poderá ocorrer por meio do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

2. Diferentemente do que se sucede no direito material/substancial, onde a proteção teleológica a uma das partes é ontologicamente aceitável (como soi ocorrer com o cidadão no direito consumerista e do trabalho — aqui e ali, em virtude do

90 *Ibidem*, p. 110.

grau de inferioridade que anima um dos polos da relação jurídica), revela-se comezinho o entendimento de que, na dogmática civil-trabalhista, o direito processual deve observar tratamento isonômico aos litigantes.

2.1. Mas na dogmática dos direitos sociais fundamentais, o direito processual constitucional admite o tratamento desigual em desfavor do Estado, não devendo causar estranheza o fato de o processo constitucional incumbir ao Estado o ônus de justificar o tratamento normativo discriminatório relativo às chamadas “categorias suspeçadas”; de modo que, seja no âmbito do direito material constitucional (consubstanciado nos direitos sociais fundamentais) ou no do direito processual constitucional, o juízo (monocrático, ou colegiado) contará com os princípios da proteção e da orientação na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais discriminatórias.

3. Na processualística civil-trabalhista, a tríade formada pela “prova”, “ônus da prova” e “inversão do ônus da prova” tem como objeto analítico exegético judicial comum “o fato”. Mas, na órbita da processualística correspondente ao controle de constitucionalidade de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais, o objeto analítico exegético judicial passa a ser o “argumento”.

4. É temerária a crença de que a inversão argumentativa do ônus da prova em detrimento do Estado implique um mal. Em verdade, a fundamentalidade da inversão implica um bem, já que, ao impô-la, a hermenêutica judicial não pode perder de vista a necessária perfectibilidade do Estado, cujo telos ficcional é o bem público encetado pela vontade geral qualificada pela benfeança sociabilidade política, econômica e cultural. Nessa omnisciência coletiva, *L'état c'est moi!* — por assim dizer.

5. A expectativa teleológica deste trabalho é daquelas que se filiam à dogmática juris-filosófica contrária a qualquer tentativa de retrocesso social normativo imputado a direitos

sociais fundamentais, sobretudo laborais, que — infelizmente — hodierna e costumeiramente, vêm sendo descaradamente vilipendiados sob o espectro da rapacidade legislativa entranhada nos atos normativos discriminatórios à dignidade humana, na contramão, portanto, da estatalidade social, como sói ocorrer com a malfadada “reforma” trabalhista.

4. REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales. 2017.

ALMEIDA, Isis de. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. – 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 nov. 2019.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19 nov. 2019.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19 nov. 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 19 nov. 2019.

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

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

HÄBELE, Peter. **Direitos fundamentais no estado prestacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUNIOR, Antonio Umberto de Souza. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. **Dicionário jurídico** - vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1990.

MARTINEZ, Vinício. **Estado do bem estar social ou Estado social?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6623>. Acesso em: 18 dez. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática**. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SOUZA, Otavio Augusto Reis de. **Direito e processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2019.

O controle de convencionalidade e As convenções n. 189 e 190 da Organização Internacional do Trabalho

Monique Fernandes Santos Matos¹

¹ Doutora em Direito das relações internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Especialista em Direito do trabalho e processo do trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora convidada da Escola Judicial do Tribunal regional do Trabalho da 5ª. Região (EJUD5) e da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 5ª. Região (EMATRA5). Autora de livros e artigos jurídicos. Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª. Região.

1. Introdução

O tema do uso do Controle de convencionalidade em matéria trabalhista, enquanto mecanismo de aplicação, em especial, das convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) não é propriamente novo. As convenções da OIT precedem, inclusive, a legislação interna em matéria trabalhista. Sabemos que a OIT iniciou seus trabalhos em 1919, data anterior à de aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943.

Porém, é útil, para os fins deste estudo, analisar algumas noções básicas sobre controle de convencionalidade e trabalho decente, que é assunto mais recentemente explorado em trabalhos acadêmicos e decisões judiciais no Brasil. A ideia central, neste sentido, é que tais noções possam contribuir para a partilha de informações e a adequada aplicação das duas mais recentes convenções da OIT, a de n. 189, sobre trabalho decente para trabalhadoras e trabalhadores domésticos, e a de n. 190, sobre violência e assédio no mundo do trabalho.

O objetivo central deste estudo é, portanto, conhecer os conteúdos destas convenções, e compreender as possibilidades de aplicação de seus conceitos e normas, explorando seus conceitos operacionais mais importantes, dado à atualidade e relevância dos temas tratados nas referidas convenções para o nosso cenário trabalhista nacional.

No caso das trabalhadoras domésticas, temos um número gigantesco de pessoas, essencialmente mulheres, exercendo esta atividade, com altos índices de informalidade, fraudes, violência e toda sorte de ilegalidades, que só aumentaram durante a atual fase de pandemia da COVID-19. A mídia não cessa de divulgar novos casos de agressões a estas trabalhadoras, cada

um mais estarrecedor que outro, de modo que se tornou de conhecimento público o quanto esta categoria profissional vem sofrendo com o regresso de seus direitos trabalhistas e até com violência de todas as formas.

Em se tratando da convenção n. 190 da OIT, que entrou em vigor em junho de 2021, e é a mais recente convenção da OIT, o tema da violência e assédio no trabalho, dentre outros, é detalhado conceitualmente, inclusive com abordagem especial para a questão de gênero. Isto pode ser muito útil para o tratamento adequado ao grande volume de situações de denúncias de assédio contra os trabalhadores e trabalhadoras, empregados ou não, no cenário nacional brasileiro, o qual não poderá mais prescindir do uso do controle de convencionalidade em matéria trabalhista.

2. O indispensável uso do Controle de convencionalidade em matéria trabalhista

O denominado controle de convencionalidade pode ser descrito como um mecanismo de aferição da validade de normas jurídicas a partir da comparação de seu conteúdo ou sentido com o presente em normas internacionais vigentes sobre o mesmo assunto.² Trata-se, desse modo, de instituto semelhante ao bastante estudado controle de constitucionalidade, porém em vez de se utilizar a norma constitucional como referencial, analisa-se a compatibilidade de determinada norma em relação a uma norma internacional vigente sobre determinado assunto.

2 Neste sentido, André Araújo Molina e Valério de Oliveira Mazzuoli afirmam que: “Controlar a convencionalidade significa compatibilizar verticalmente as normas de direito interno com os comandos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado” (MOLINA, André de Araújo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.) O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. Aplicação das normas internacionais ao direito do trabalho. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 51.

Tal qual ocorre no controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade pode ser originário ou derivado. São apenas os órgãos de supervisão e controle da aplicação das normas internacionais os autorizados a manejarem o controle de convencionalidade originário. Estes podem ser órgãos jurisdicionais ou administrativos, então podemos estar tratando de cortes internacionais ou conselhos ou comitês de organizações internacionais, dentre outras denominações, que tem a função de supervisão e controle da aplicação das normas internacionais.

Na OIT existe, por exemplo, a importantíssima Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações, composta por 20 eminentes juristas, de várias as partes do mundo. É um órgão de caráter administrativo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), por seu turno, é o órgão de controle jurisdicional da aplicação das normas internacionais produzidas no Âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Deste modo, observa-se que cada sistema internacional de direito terá órgãos diferentes, conforme a sua estrutura e legislação organizacional. A Organização das nações Unidas (ONU) tem os seus inúmeros comitês, a Corte Internacional de Justiça (CIJ), criou o Conselho de Direitos Humanos, o qual se reúne três vezes por ano para tal tarefa, dentre tantos outros. A finalidade de suas atuações sempre é a de atestar se os Estados membros e, em alguns casos, pessoas e empresas estão seguindo a normatização da organização internacional da qual fazem parte e, portanto, estão vinculados pela responsabilidade internacional.

Para isso, exercem o controle de convencionalidade, esclarecendo os sentidos dos tratados, declarando a convencionalidade ou a inconvencionalidade de normas domésticas dos Estados, determinando medidas preventivas ou reparadoras, ou até impondo sanções, em certos casos. Então esse é o uso possível do controle originário.

A sua aplicação em casos jurídicos internos, inclusive em matéria trabalhista, é cada vez mais visível, bastando lembrar, exemplificativamente, de duas decisões da Corte IDH sobre violações do Brasil a direitos sociais trabalhistas, o caso da Fazenda Brasil Verde, e o caso da Fábrica de Fogos de Santo Antonio de Jesus. O Brasil foi condenado em ambas, em decisões da Corte IDH exercendo o controle de convencionalidade originário, em relação a fatos ocorridos no Estado da Bahia, e submetidos, também, a processos trabalhistas sob jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 5a. Região (TRT5).³

O controle de convencionalidade derivado é aquele feito por qualquer outro órgão, internacional ou interno a um País, na verificação da validade de normas domésticas diante do texto da norma internacional usada como referência. Este controle, denominado derivado, é o que se pode aplicar nos tribunais brasileiros, o que vem ocorrendo cada vez com mais frequência no Brasil. Este controle de convencionalidade derivado também pode ser classificado como concentrado ou difuso, conforme seja exercido por tribunais superiores ou, respectivamente, por tribunais inferiores ou juízes singulares.

Devemos registrar que o controle derivado não é independente, estanque em relação ao originário, porque o controle de convencionalidade derivado não pode prescindir das definições e decisões tomadas em sede de controle de convencionalidade originário. Isto significa que, ao analisarmos se uma lei trabalhista brasileira respeita uma convenção da OIT, por exemplo, temos de ter em mente o que os órgãos de controle da OIT dizem sobre o conteúdo dessa convenção. Estes têm a palavra final sobre este conteúdo, tal qual ocorre com as cortes constitucionais no controle de constitucionalidade⁴.

3 As informações sobre esses e outros casos estão disponíveis para consulta no site www.corteidh.or.cr. Consulta realizada em 02 de fevereiro de 2021.

4 O web site da OIT, por exemplo, possibilita livre acesso a relatórios, publicações e decisões da Comissão de Peritos, do Comitê da Liberdade Sindical, e textos técnicos da Repartição Internacional

Esta relação entre os controles de convencionalidade é muito importante para a harmonização entre os diferentes sistemas jurídicos envolvidos, internacional e nacional, favorecendo também o uso de outros mecanismos de integração, como o diálogo de juízes, a convergência jurisprudencial, e a harmonização conceitual.

Caso contrário, corre-se o risco de ocorrer a chamada interpretação nacional dos tratados. E isto seria um grave contrassenso, que poria em risco a coerência e a própria finalidade dos sistemas internacionais, os quais teriam suas normas fragilizadas por uma grande variedade de formas de aplicar, ao sabor da interpretação de cada Estado membro, frustrando o objetivo de estabelecer padrões mínimos de garantia de direitos.

Feita esta ressalva, podemos questionar quais seriam as normas internacionais passíveis de serem usadas como referencial para o controle de convencionalidade derivado, nos tribunais brasileiros, por exemplo. Aqui temos um grande embate doutrinário, sobre se tais normas seriam apenas aquelas ratificadas pelo País cuja norma interna está sendo objeto do controle de convencionalidade, ou qualquer norma internacional vigente, incluindo os textos jurídicos sem caráter impositivo, com os textos de *soft law*, ou seja, declarações de direito (e, no caso trabalhista, as importantes recomendações da OIT).

Independentemente da importância do debate acadêmico, para fins de aplicação em nossas decisões judiciais trabalhistas, acredito ser mais seguro limitarmos-nos, em certo modo, às normas ratificadas pelo Brasil para o uso pleno do controle de convencionalidade derivado. Isto não quer dizer, no entanto, que as demais normas, e textos de declarações e recomendações da OIT não possam ser usados em nossas decisões, principalmente porque trazem conceitos essenciais para compreendermos os fatos objeto das controvérsias trabalhistas. Conceitos estes

do Trabalho que são ricas fontes sobre o controle de convencionalidade originário.

amplamente debatidos na comunidade internacional e acadêmica e, por vezes, ausentes em nossas normas domésticas. São expressões de (relativos) consensos internacionais e, portanto, não devem ser ignoradas.

Ademais, as normas sobre direitos fundamentais do trabalho, as oito convenções fundamentais da OIT, integrantes do trabalho decente, juntamente com as quatro convenções ditas de governança, compõem o chamado núcleo essencial do DIT. Assim, podem ser entendidas como de eficácia plena para os Estados integrantes da OIT, ainda que não ratificadas, assim como ocorre em outros sistemas de direitos humanos com normas ditas de *jus cogens*, ou seja, de eficácia para todos os agentes do Direito internacional dos direitos humanos (DIDH).

No entanto, é preciso cautela para utilizar, por meio do controle de convencionalidade, o texto de uma convenção não ratificada ou de uma recomendação para afastar a vigência de uma norma nacional em sentido contrário. Isto poderia fragilizar consideravelmente a fundamentação e causar a reforma ou até nulidade da decisão, de modo que pode ser mais conveniente usar o texto destas normas de DIT como referencial interpretativo apenas, exceto se outras razões robustas somarem-se à fundamentação da decisão em questão.

Esta hipótese pode ocorrer, por exemplo, em caso de aplicação da convenção n. 190 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, mas com conteúdo conceitual riquíssimo sobre violência e assédio, ausente em nossa legislação, e que não pode, portanto, ser ignorado em nossas decisões. A convenção n. 189 da OIT, por outro lado, sobre trabalho decente das domésticas foi ratificada em janeiro de 2018, e pode ser plenamente usada no controle de convencionalidade derivado, inclusive para afastar a validade de normas domésticas que a contrariem.

Outros aspectos do controle de convencionalidade também podem gerar dúvidas, eis que o controle de convencionalidade

dade não exclui o controle de constitucionalidade, de modo que uma mesma norma pode ser inconstitucional e inconvençãoal ao mesmo tempo, se violar, ao mesmo tempo, a CF e alguma norma internacional.

Seria o caso, exemplificativamente, das últimas tentativas legislativas de aprovação de normas com direitos trabalhistas fundamentais reduzidos para trabalhadores de faixa etária mais jovem. Isto violaria diretamente os artigos 5º., caput e 7º. da Constituição Federal de 1988 e as normas da OIT que vedam tratamento discriminatório por idade, como as convenções de n. 100 e n. 111, ambas fundamentais⁵.

Outro aspecto que também merece esclarecimento, nesta linha de raciocínio, é das espécies de normas internas podem ser objeto de controle de convencionalidade. Seriam todas as normas internas passíveis de controle, incluindo as constitucionais, ou somente as legais ou infraconstitucionais? Penso que todas podem e devem ser objeto do controle de convencionalidade derivado, mas algumas particularidades devem ser lembradas.

No controle de convencionalidade originário, toda e qualquer norma estatal é um fato, um ato estatal analisado perante as normas de Direito Internacional, e pouca relevância existe se a norma, internamente, é constitucional, legal ou infralegal, como decretos ou portarias. Assim, a norma interna será sempre analisada como fato, ato imputável ao Estado, e declarada conforme ou não a norma internacional perante a qual o Estado se comprometeu, gerando sua responsabilidade internacional em caso de violação. No controle de convencionalidade derivado, em tese,

5 Georgenor de Sousa Franco Filho menciona, assim, a existência de um duplo controle de compatibilidade, vertical e material, pelo qual a lei deve ser válida se comparada à CF e também aos tratados. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Noções preliminares sobre controle de convencionalidade. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.) O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. Aplicação das normas internacionais ao direito do trabalho. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 157.

a lógica seria a mesma, e qualquer norma doméstica, inclusive a constitucional, poderia ser considerada inconvençional.

Contudo, no caso específico do Brasil, existe decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), vinculante para os tribunais nacionais, sobre a natureza supralegal dos tratados de DH, a partir do HC n. 94.013-SP, de 10.02.2009, que proíbe a prisão do depositário infiel por contrariar a Convenção americana de direitos humanos (CADH). E existem também as normas constitucionais atribuindo a hierarquia de norma constitucional, mais especificamente de emendas constitucionais, a tratados de direitos humanos aprovados sob o rito especial do art. 5º., parágrafo 3º. da CF⁶.

Assim, a sistemática eleita no Brasil para hierarquizar as normas dos tratados internacionais possibilita aplicar o controle de convencionalidade derivado também sobre normas constitucionais originárias, ao menos quando o rito especial for observado. Quando o status do tratado for de norma supralegal, ainda assim, é possível afastar a validade de norma constitucional, quando o primeiro representar expansão de direitos humanos, eis que, pelo princípio *pro homine*, devem ser aplicadas as normas de direitos humanos que mais protejam os direitos da pessoa humana, o que também é respaldado, nacionalmente, pelo parágrafo 2º. do artigo 5º., da CF⁷.

É importante ressaltar essa possibilidade, considerando-se que o rito especial de incorporação dos tratados não é comumente usado, e somente foi observado, pelo Congresso Nacional, uma única vez, desde sua criação pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, para aprovar a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo, assinada em Nova Iorque, em 2007.

6 Eis o texto do artigo. 5º., parágrafo 3º. da CF: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

7 Eis o texto do parágrafo 2º. do artigo 5º., da CF: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De todo modo, não há prejuízo para a utilidade do CC, cujo leque de possibilidades de aplicação é infinitamente maior dentre as normas infraconstitucionais, legais e infralegais, passíveis de serem declaradas inconventionais e terem sua vigência afastada por este motivo. Tais possibilidades podem ser vistas com o potencial que o uso do controle de convencionalidade oferece no momento em que observamos o desmantelamento do sistema protetivo da CLT e legislação complementar pela denominada reforma trabalhista, iniciada em 2017 e ainda em curso, eis que frequentemente temos notícias de novos projetos de Lei, ou antigos projetos revisados e em tramitação para retirar direitos trabalhistas.

O fato é que muitos desses direitos estão protegidos em convenções da OIT e muitos outros tratados ratificados pelo Brasil e, portanto, plenamente vigentes em território nacional, com grande potencial para serem utilizados como recurso para garantir estes direitos, ainda que diante de tal reforma. E tal uso tem ocorrido, inclusive nos tribunais superiores, onde tornou-se raro ver uma decisão tratando de direitos humanos sem menção ao controle de convencionalidade. Deste modo, o uso do controle de convencionalidade, que até pouco tempo atrás era algo raro, insólito, pouco conhecido, tornou-se realidade em nosso sistema judiciário.

É importante recordar, ainda, que o fato destas novas leis nacionais, oriundas da reforma, serem mais recentes não possibilita a “revogação” da vigência de tratados, pois estes não pertencem à ordem jurídica interna e não são passíveis de serem alterados ou revogados por normas domésticas. Estas sim é que devem ser adequadas aos conteúdos dos tratados e não o contrário. Neste sentido, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, ratificada pelo Brasil, prevê expressamente, em seu art. 27, que nenhum Estado pactuante pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Poder-se-ia argumentar, nesta hipótese, que haveria uma incoerência ou contradição entre os sistemas jurídicos envolvidos. Sim, e muitas contradições entre diferentes sistemas existem de fato. Mas, ainda assim, embora a contradição seja indesejável, neste caso não ocorre revogação de tratado, cabendo ao Estado denunciar a convenção, quando ela deixaria de integrar o sistema doméstico, ou alterar a lei nacional para compatibilizar com a norma de DIT. E mesmo esta denúncia seria algo questionável, se pensarmos em termos de vedação de retrocesso social, existindo forte corrente doutrinária e jurisprudencial que não admite o regresso em matéria de direitos humanos.

Sendo assim, podemos trazer um último ponto para reflexão: o controle de convencionalidade é um recurso opcional? Usamos se o entendermos como apropriado? Ou este recurso tem caráter vinculante e, portanto, é de uso obrigatório em nossas decisões judiciais? Assim como o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade é obrigatório, pois não nos é permitido deixar de aplicar norma em vigor no território nacional. E se tal norma impõe a invalidade de outra norma legal, nacional, não podemos aplicar esta norma como se a internacional não existisse. Ambas integram nosso sistema normativo doméstico, a partir do instante que ocorre a ratificação, pouco importando a origem da norma internacional.

Em outras palavras, não é discricionário usar o controle de convencionalidade. É, assim, dever legal dos juízes brasileiros, em atuação de ofício, mesmo que sem provocação dos advogados ou partes, pois aos primeiros cabe dizerem o direito, independentemente de iniciativa das partes.

Porém, este uso nem sempre acontece, assim como muitas outras incorreções acontecem em decisões judiciais, e por tal razão o erro judiciário não se torna válido, ainda que seja frequente na prática jurídica. Desse modo, o que nos cabe é estudar, refletir, e ponderar sobre o uso do controle de convencio-

nalidade em nossa prática, buscando suprir nossas deficiências de formação jurídica, e valorizando a atualização sobre assuntos de legislação e jurisprudência internacional.

3. A CONVENÇÃO SOBRE TRABALHO DECENTE PARA AS TRABALHADORAS E TRABALHADORES DOMÉSTICOS N. 189, E RECOMENDAÇÃO N. 201 DA OIT

O tema abordado na convenção sobre trabalho decente para as trabalhadoras e trabalhadores domésticos n. 189, e na recomendação n. 201 da OIT é importantíssimo para uma parcela muito expressiva da nossa força de trabalho, o que, inclusive, é ressaltado na introdução desta norma, quando a OIT reconhece o elevado número de empregados domésticos em Países em desenvolvimento e a sua importância para estes mercados com muita informalidade e para a transferência de renda.

Bem, além do expressivo quantitativo de trabalhadores domésticos, o tema também é relevante por aspectos qualitativos, dado ao elevado grau de precarização do trabalho doméstico, marcado pela acentuada exploração de mão de obra essencialmente feminina, com baixo índice de registro formal, com elevadas jornadas, baixa remuneração, e altas incidências de abusos e assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho.

Também devemos lembrar que circunstâncias específicas do trabalho doméstico, por ser desempenhado prioritariamente em âmbito residencial, dificultam o pleno exercício dos direitos trabalhistas, pois, dentre outros motivos:

- a) O trabalhador ou trabalhadora doméstica estão inseridos na invisibilidade para o público em geral, o que o torna bastante vulnerável a estes abusos e fraudes;

- b) Geralmente trata-se de pessoas com baixa escolaridade e pouquíssimo acesso a informações sobre seus direitos;
- c) A inspeção do trabalho fica bastante limitada por questões afetas à inviolabilidade da casa e direito à privacidade dos empregadores.

Além disso, não podemos desconsiderar a relevância do tema por sua íntima relação com as chagas do trabalho escravo, trabalho infantil, tráfico de pessoas e elevado número de acidentes de trabalho. A especial vulnerabilidade destas trabalhadoras as conduz a serem vítimas destas formas degradantes de exploração do seu trabalho, o que fez a OIT reconhecer a necessidade de criar esta normatização específica para proteger a dignidade do trabalhador doméstico.

No Brasil, por exemplo, a discussão sobre o tema e a implementação de medidas de proteção parece cada vez mais necessária e urgente, pois a cada dia nos deparamos com novas notícias de abusos e exploração desumana dessas trabalhadoras. Para quem quiser conhecer ou relembrar alguns casos de trabalhadoras privadas de direitos fundamentais, noticiados recentemente pela mídia nacional, cito alguns deles⁸:

- a) Caso de Madalena Giordano, de MG, reduzida a escravo por um professor universitário que ainda apropriou-se de pensões e fez empréstimos em seu nome;
- b) Caso de Leda, resgatada aqui em Salvador, que teve até a Liz do quarto onde dormia cortada para eco-

⁸ Alguns destes casos estão retratados no vídeo “escravizadas dentro de casa”, disponível no site: <https://globoplay.globo.com/v/9678518>. Consulta realizada em jan.2022. Tais casos trazem uma infinidade de aspectos ricos para a reflexão sobre a situação de vulnerabilidade destas mulheres e, sobretudo, para a gravidade da realidade nacional, agravada consideravelmente no período de pandemia da COVID-19.

- nomia dos patrões e ficava no escuro e calor à noite, dentre muitos outros abusos;
- c) Caso de Luzia Geraldo, também aqui em Salvador, resgatada após 36 anos de cativeiro, porque era “como se fosse da família”;
 - d) Caso de Raiana Ribeiro, mantida em cárcere privada e espancada pela empregadora aqui em Salvador, no bairro do Imbuí, que pulou do 3º andar na fuga, após o que várias outras ex-empregadas denunciaram agressões;

Dentre muitos aspectos comuns e relevantes presentes nestes casos, cabe destacar a íntima relação da maioria destes casos com a permanência, entre nós, de fortes traços da herança cultural escravagista, da aceitação social do trabalho infantil como algo que seria benéfico para as meninas pobres escaparem da miséria extrema. Isto considerando que a situação de extrema pobreza delas não é questão a ser resolvida com políticas públicas eficientes, o que as torna reféns e alvos privilegiados do trabalho em condições análogas às de escravo.

Observa-se que as famílias que as exploravam usam a mesma retórica do favor, alegando que as livraram da fome, que as ajudaram “como se fosse da família”. Este último aspecto, da alegação de dar-lhes tratamento “como se fosse da família” é o traço mais cruel, segundo pensamos, desta exploração. Tais meninas e mulheres nunca foram tratadas como membros da família, ao contrário, viveram para servir, e sequer reconhecem a exploração de que são vítimas, tamanha a manipulação que estes modos de viver socialmente lhes impõem. Reconhecendo que este quadro sofrível é comum em vários Países, a OIT dedicou sua penúltima convenção sobre o assunto.

Sobre o histórico da Convenção n. 189, precisamos recordar que houve uma dupla discussão do tema em duas

Conferências Internacionais do Trabalho, de modo que: na 99ª Conferência internacional do trabalho (CIT) foi aprovado o início dos trabalhos para a criação de uma normatização específica para proteger o trabalho decente das empregadas domésticas; e na 100ª. CIT foram aprovadas a convenção n. 189 e a recomendação n. 201;

Entre o início dos trabalhos e a aprovação da convenção n. 189 e a recomendação n. 201, especialmente para os trabalhos de preparação da norma e para subsidiar os participantes deste processo legislativo com as informações necessárias para elaboração da norma mais efetiva e consensual possível, foram observadas as seguintes etapas:

- a) Realizados estudos e elaborados relatórios;
- b) Criada uma comissão do trabalho doméstico;
- c) Feitas consultas a governos, organizações de representação de trabalhadores e empregadores;
- d) Disponibilizada assistência técnica aos Países;
- e) Convidadas seis empregadas domésticas como observadoras do processo de discussão nas CIT.

Como sabemos, a OIT, por sua composição tripartite, lida com o desafio de encontrar o delicado equilíbrio entre a proteção insuficiente e a excessiva, buscando a que seja efetiva, ou seja, funcione na prática e obtenha adesão dos atores sociais envolvidas. Não pode gerar uma norma extremamente excessiva que não terá adesão expressiva de seus membros. E assim a OIT se mantém como a organização internacional de maior êxito em termos de adesão a normatização gerada em seu âmbito, desde sua criação em 1919.

A OIT obteve mais um significativo êxito com a convenção n. 189 e a recomendação n. 201, que tiveram considerável adesão. A convenção referida conta com 83% de votos dos Estados

membros a favor da sua aprovação e a recomendação com 89% de votos a favor. Somente dezesseis membros da OIT votaram contra a convenção n. 189 e a recomendação n. 201. Então, desde 2011, temos esta normatização em vigor no âmbito do DIT.

Temas já debatidos e incluídos em outras convenções foram mantidos, como a proteção aos trabalhadores menores de 18 anos, a idade mínima para o trabalho, e a proteção especial aos trabalhadores migrantes. E temas até então inéditos foram incluídos nestas normas, tais como: direito à privacidade; inspeção do trabalho; jornada e tempo à disposição; e agências de emprego privadas. Em 31.01.2018, felizmente, o Brasil ratificou a convenção n. 189, de modo que esta é plenamente vigente e integrada ao nosso sistema jurídico nacional desde esta data.

Como aspectos gerais da convenção n. 189, cabe destacar, por sua relevância, o tópico da inserção da proteção dos domésticos no objetivo de promoção do trabalho decente. Quanto ao trabalho decente, temos de recordar que este é um conceito criado pela OIT em 1999 como parte de uma estratégia de difusão e promoção dos direitos mais fundamentais dos trabalhadores, daqueles que garantiriam um núcleo mínimo de condições para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, segurança e igualdade, com respeito à sua dignidade. Por isso também é usado o termo trabalho digno, mas a tradução oficial do inglês *decent work* seria mais próxima do termo trabalho decente e este ficou consagrado em nosso idioma.

A OIT delimitou, como núcleo essencial do trabalho decente as normas das oito convenções que denominou de fundamentais, dentre elas as:

- a) Convenções n. 29 e 105 sobre trabalho escravo;
- b) Convenções n. 138 e 182, sobre trabalho infantil;
- c) Convenções n. 100 e 111 sobre discriminação;

- d) Convenções n. 87 e 98 sobre liberdade sindical e negociação coletiva.

Destas convenções, o Brasil não ratificou apenas a de n. 87, por ser incompatível com a unicidade sindical, prevista na CF/88. Além disso, parte razoável de nossa legislação doméstica também é incompatível com partes das outras sete convenções, ratificadas, mas sem que a legislação nacional fosse integralmente adaptada para sua efetiva observância no território nacional. Ou seja, existe um considerável desajuste das normas trabalhistas do Brasil em relação ao trabalho decente, devido a inúmeras falhas de adaptação da nossa legislação⁹.

A OIT inicia a convenção n. 189 destacando a necessidade dos Estados garantirem o trabalho decente para os trabalhadores domésticos, reconhecendo o quanto estes são vulneráveis ao trabalho escravo, trabalho infantil, discriminação e assédio. Mas a OIT também traz outros considerados para a convenção n. 189, destacando, em sua introdução:

- a) A contribuição significativa do trabalho doméstico para a economia global, permitindo ampliar o acesso ao mercado de trabalhadores com responsabilidades familiares, o cuidados com pessoas idosas ou outras e a transferência de renda);
- b) O alto grau de preconceito social quanto ao trabalho doméstico, desvalorizado em muitas sociedades;
- c) A frequência de casos de abusos e violência contra estes trabalhadores;
- d) A complexidade resultante da divisão sexual do trabalho e a desvalorização do trabalho reprodutivo (aqui

9 Sobre o tema, elaboramos tese de Doutorado, posteriormente adaptada para livro publicado no ano de 2020: MATOS, Monique Fernandes Santos. Trabalho decente e controle de convencionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

- temos uma abordagem de gênero, mostrando como este fator impacta na desproteção das domésticas);
- e) Desafios para a ação pública e a organização de atores sociais;
 - f) Trabalho subvalorizado e invisível de mulheres e meninas, muitos migrantes e vulneráveis;
 - g) Proporção significativa em Países em desenvolvimento;
 - h) Condições específicas pedem normas específicas para serem mais efetivas¹⁰.

O panorama geral dos temas tratados nos artigos da convenção n. 189 é o seguinte:

- a) Artigos 1 e 2: conceito de trabalho doméstico e trabalhador, cobertura da convenção e possibilidade de exclusão de categorias;
- b) Art. 3 e 4: relação do tema com os direitos humanos e direitos fundamentais dos trabalhadores, e com o trabalho infantil doméstico;
- c) Art. 5: proteção contra abusos;
- d) Art. 6: trabalho decente;
- e) Art. 7: necessidade de informações sobre os termos e condições do trabalho; contrato de trabalho;
- f) Art. 8: trabalho dos migrantes;
- g) Art. 9. liberdade para decidir sobre a moradia, viagens em férias e posse de documentos;
- h) Art. 19: jornada de trabalho;
- i) Art. 11: remuneração mínima;
- j) Art. 12: proteção social;

¹⁰ Considerando todo esse contexto, a OIT gerou a convenção n. 189 com 27 artigos e a recomendação n. 201 com outros 26 artigos. Daremos destaque, neste estudo, aos comentários que pensamos ser mais úteis para a compreensão da norma e para a sua aplicação prática em nossos processos trabalhistas.

- k) Art. 13 e 14: segurança e saúde no trabalho (SST);
- l) Art. 15: agências privadas de emprego;
- m) Art. 16: acesso a tribunais e outras instâncias de resolução de conflitos;
- n) Art. 17: inspeção do trabalho;
- o) Arts. 18 a 27: práticas e procedimentos

A reconvenção n. 201 da OIT, por seu turno, traz um detalhamento das melhores formas de proteger este direito e aprofundamento em subtemas específicos, a saber:

- a) Liberdade de associação e acesso à negociação coletiva (art. 2);
- b) Exames médicos e princípio da confidencialidade dos dados (arts. 3 e 4);
- c) Proibição do trabalho insalubre infantil (art. 5);
- d) Pagamento *in natura* (arts. 14 e 15);
- e) Condições de acomodação e alimentação;
- f) Políticas e programas de capacitação e reabilitação de trabalhadores domésticos vítimas de abusos (art. 25);
- g) Cooperação internacional (art. 26).

No artigo 1 da convenção n. 189 da OIT, nota-se que o conceito de trabalho doméstico e de trabalhador doméstico exclui o prestado ocasionalmente e fora dos limites da relação de trabalho. O art. 3., por seu turno, traz expressas as medidas necessárias para tornar realidade o trabalho decente de domésticos, expressando os quatro eixos dos direitos das convenções fundamentais da OIT, e firmando a estreita relação entre tais temas.

Neste sentido, destaca-se, no art. 4 da convenção n. 189 da OIT, a prescrição para que as normas da convenção n. 182, sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil sejam observadas,

o que afasta a possibilidade de trabalho doméstico antes dos 18 anos para os que ratificam esta convenção. Também se destaca que a idade mínima para o trabalho doméstico não deve ser inferior à fixada para os demais, expressando, como em muitas outras situações, a necessidade das legislações nacionais não discriminarem o trabalhador doméstico injustificadamente.

O artigo 6 da convenção n. 189 da OIT traz interessante norma sobre as condições de vida e o respeito à privacidade dos trabalhadores domésticos que residem nas residências onde laboram. Tal norma é importante para evitar a tão frequente situação do trabalhador alojado em quatinhos dos fundos sem iluminação, ventilação, condições sanitárias ou um mínimo de privacidade. Na recomendação n. 201 trata-se, inclusive, da necessidade de se ter maçaneta com chave nestes cômodos, o que pode evitar as não incomuns “visitas” noturnas para práticas de assédio sexual e abusos contra as trabalhadoras domésticas.

O artigo 7 da convenção n. 189 da OIT destaca a necessidade do trabalhador doméstico receber informações sobre seu contrato de trabalho de maneira apropriada, verificável, de fácil compreensão e, preferencialmente, em contrato por escrito. Traz, ainda, uma lista dos itens essenciais neste contrato (descritos nas alíneas de “a” a “k”), o que é detalhado no artigo 6 da recomendação n. 201 da OIT.

O artigo 8 da convenção n. 189 da OIT trata dos trabalhadores domésticos migrantes, exigindo um contrato ou oferta de trabalho por escrito antes do trabalhador cruzar a fronteira, o que é muito salutar para combater o tráfico de pessoas e a redução ao trabalho análogo ao de escravo. Trata, também, do direito à repatriação, em certas condições, ao final do contrato.

O artigo 9 da convenção n. 189 da OIT detalha que o trabalhador doméstico deve poder escolher algumas condições do contrato, dentre as quais a sua moradia, ou seja, escolher entre residir ou não na residência do empregador; e viajar ou não com

a família em férias, e neste caso este período não pode ser considerado como de repouso ou férias do trabalhador. Ainda expressa que o trabalhador deve ficar em posse de seus documentos, o que também é muito importante para combater o trabalho escravo e o tráfico de pessoas. Os artigos 8 a 13 da recomendação n. 201 da OIT detalham a forma de exercício destes direitos.

O art. 10 da convenção n. 189 da OIT traz relevantes definições sobre jornada dos trabalhadores domésticos, a saber:

- a) Igualdade de tratamento, consideradas as características específicas do trabalho doméstico;
- b) Descanso semanal remunerado de, no mínimo, 24 horas consecutivas;
- c) Tempo à disposição do empregador considerado como tempo de serviço, na medida prevista na legislação nacional, conforme a prática nacional;

A recomendação n. 201 da OIT detalha as melhores práticas sobre a jornada dos trabalhadores domésticos, mostrando que os consensos, nestes tópicos, são bem mais difíceis de se obter. Daí o uso das fórmulas “conforme a prática nacional”, ou “na medida em que se determine na legislação nacional”, que são cláusulas de abertura à conformação da margem nacional de apreciação (MNA), usadas para obter a adesão à norma por Países mais reticentes em expandir os direitos.

O Art. 11 prevê a fixação de um salário mínimo para os trabalhadores domésticos, onde tal regime exista, e sem distinção por sexo, enquanto o artigo 12 prevê o pagamento de salário in natura em condições não menos favoráveis que para os demais, mediante acordo entre as partes, e com valor justo e razoável. A recomendação detalha estas condições no seu artigo 14 e prevê a proibição do desconto de uniformes e materiais usados no trabalho. O artigo 13 trata de medidas de segurança e saúde no trabalho.

O inovador artigo 14 da convenção n. 189 aborda normas para funcionamento e fiscalização das agências privadas de emprego, prevendo: condições de funcionamento; mecanismos contra abusos; sanções, inclusive proibição de funcionamento; situação dos migrantes contratados por agências; proibição de taxas deduzidas das remunerações.

O artigo 16 trata do acesso efetivo a tribunais e outros mecanismos de solução de conflitos, o que nos faz pensar diretamente sobre a reforma trabalhista e sua extensa lista de normas restringindo este acesso, especialmente para o contingente de trabalhadores mais pobres, que é o caso dos domésticos. E o artigo 17 segue tratando sobre a necessidade de mecanismos de queixas e meios mais eficazes de fiscalização, com a inspeção do trabalho atuando conforme as necessidades específicas da categoria.

Por fim, o Art. 19 expressa o princípio *pro homine* e os seguintes tratam dos procedimentos de aplicação da convenção. O conjunto destes artigos mostra, mais de uma vez, a preocupação com a questão de gênero e as práticas abusivas e discriminatórias que tanto afligem as trabalhadoras domésticas, tema retomado na convenção n. 190 da OIT, especificamente quanto ao tema da violência e assédio no ambiente de trabalho.

4. A CONVENÇÃO SOBRE VIOLÊNCIA E ASSÉDIO N. 190, E A RECOMENDAÇÃO N. 206 DA OIT

Variadas razões impulsionaram a OIT a demonstrar a preocupação específica como tema da violência e assédio no mundo do trabalho, e a iniciar o processo de elaboração e aplicação de norma internacional destinada a este tema.

Rúbia Zanotelli e Renato Vieira de Faria explicam detalhadamente esse contexto de surgimento da inovadora convenção n. 190 da OIT, destacando as características peculiares da exploração do trabalho no momento atual, que podem ser apontadas

como causa de uma disparada dos índices de doenças psíquicas entre os trabalhadores em geral, a exemplo da depressão, indicada pela OMS como a principal causa de incapacidade no trabalho em 2020. Neste sentido, explicam que outras doenças neuronais, além da depressão, deterioram a saúde mental dos trabalhadores e o meio ambiente do trabalho, tais como a: *burnout* (síndrome decorrente de estresse crônico no trabalho); transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH); transtorno de personalidade limítrofe; síndrome do pânico; dentre outras¹¹.

A situação é tão grave que os autores citados mencionam o exemplo do Japão, com índices crescentes de mortes por esgotamento na atividade laboral (*karoshi*), e de suicídios por situações mentais provocadas no ambiente de trabalho (*karojisatsus*). E as causas para essa tendência alarmante, que já marca o Séc. XXI, estão ligadas a problemas advindos da organização científica do trabalho e sua separação radical do trabalho manual e intelectual, neutralizando a atividade mental dos operários, desde o advento do Taylorismo.¹²

Porém, a nova revolução industrial traz componentes que aprofundam a dominação da vida mental do trabalhador pela organização do trabalho, como a: revolução digital com a conexão de internet mais rápida e móvel; inteligência artificial e

11 . Estes e outros aspectos sobre a convenção 190 da OIT aqui descritos foram obtidos em: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; FARIA, Renato Vieira. A convenção 190 da OIT e a proteção à saúde mental dos trabalhadores. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.) O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. Aplicação das normas internacionais ao direito do trabalho. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 433-457.

12 Dissertando sobre a perda do lugar de trabalho, Valdete Souto Severo destaca: "Neste sentido, existem teses acerca das relações entre a perda do lugar de trabalho e a perda de referências, de ambiente e de status pessoal e emocional daí decorrentes, ocasionando doenças relacionadas à depressão e ao estresse, cujas consequências sociais são inegáveis. Na medida em que o emprego confere ao ser humano uma "sensação de pertencimento", permitindo que ele inclusive se identifique como professor, metalúrgico ou comerciário, sua perda trará consigo a necessidade de alteração de suas referências de identificação pessoal" (SEVERO, Valdete Souto. O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 52).

a aprendizagem automática; fusão de tecnologias; e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

A aplicação destas inovações gera maior produção de riquezas com menor oferta de emprego, gerando desemprego crônico e estrutural, riscos de aumento das desigualdades sociais e tensões sociais. A *Gig Economy* apresenta um mercado de trabalho onde são pactuados serviços sob demanda e remunerados estritamente em razão do objeto específico, o qual, uma vez concluído, encerra a relação jurídica. São as chamadas plataformas digitais que buscam, mais uma vez, dissociar a prestação de serviços da relação do trabalho, para impregnar os trabalhadores da narrativa do empreendedor “livre” das amarras da legislação trabalhista. E, conseqüentemente, privado de qualquer proteção jurídica associada ao emprego e proteção social.

Tal forma de trabalho torna o trabalhador refém, exclusivamente, da lógica do incremento da produtividade sem limites, em nova forma de reificação que o leva a contrair enfermidades mentais pelo excesso de positividade. O trabalhador é levado a crer que precisa se autorregular em um projeto de “livre” iniciativa e motivação, no qual seria supostamente seu próprio chefe, a cobrar de si mesmo o incremento da produtividade sem limites. A autoexploração gera a violência contra a sua própria saúde mental, como consequência do excesso de estímulos, informações e impulsos, fragmentando e destruindo a atenção.

O trabalhador é levado a um estado mental selvagem, de constante luta pela sobrevivência e estado de alerta, com altíssimo grau de estresse, que o torna doente e incapaz da atenção profunda, contemplativa e necessária para as atividades culturais da humanidade, tal qual descreve Han Byung-Chul, em sua descrição da sociedade do cansaço.¹³ O referido autor também destaca o que chama de “desnarrativa geral do mundo”, onde nada promete constância e subsistência, tornando os sujeitos

13 BYUNG-CHUL, Han. Sociedade do cansaço. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 246.

isolados, hiperativos e entregues à histeria do trabalho e da produtividade. E diz mais ainda, que o terreno mais propício para a perpetuação da referida neurose é onde não haja separação clara entre o trabalho e espaço de não trabalho.

Exatamente a situação que muitos trabalhadores viveram e vivem com a pandemia da COVID-19, subitamente inserido em regimes de teletrabalho. O risco mais grave é o de que a esta repressão do mercado de trabalho em prol desta produtividade sem medida seja somada a uma repressão estatal a estes trabalhadores, com feroz retirada de direitos sociais e retorno da narrativa da defesa da manutenção da ordem e da propriedade privada em moldes presente em nosso passado imemorável.

Tudo isto tornou o tema da saúde mental dos trabalhadores o foco das atenções da OIT, que precisou editar a norma internacional inserta na convenção n. 190 da OIT para fomentar a tomada de medidas para desacelerar ou impedir os danos à saúde mental dos trabalhadores vítimas de violência e assédio no trabalho. Assim, a convenção n. 190 da OIT foi aprovada em junho de 2019, na 108ª CIT, após anos de trabalhos preparatórios. Antes disso, ainda no ano de 2015, na 325ª Sessão do Conselho de Administração da OIT, foi convocada uma reunião de Peritos para orientar os trabalhos sobre violência e assédio no mundo do trabalho a serem realizados na 107ª CIT.

A Reunião dos peritos da OIT, em 2016, produziu pesquisas que concluíram haver a necessidade de abordagem integrada à violência e assédio no trabalho, para uma adequada abordagem dos comportamentos inaceitáveis. Também se defendeu a necessidade de uma atenção especial à violência de gênero e à violência decorrente do uso inadequado das tecnologias de informação. Estes três pontos acabaram sendo a marca da nova convenção n. 190 da OIT.

Em 2018, na 107ª. CIT, a OIT publicou o Relatório “Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mun-

do do trabalho”, abordando, inclusive, a violência psicológica e assédio. Trata-se da análise sistemática do tratamento da violência e do assédio nas relações de trabalho de 80 países.

Em 2019, na celebração do centenário da OIT, foi divulgado o Relatório “Trabalho para um futuro mais brilhante”, com um diagnóstico sobre os principais problemas enfrentados, incluindo o desgaste emocional como fator de risco à saúde mental dos trabalhadores. Também em 2019, a OMS aprovou a inclusão do *burnout* no capítulo de problemas associados ao emprego ou ao desemprego. A depressão foi apontada pela OMS como a principal causa de afastamento do trabalho em 2020.

Finalmente, em 2019, na 108ª CIT, a convenção n. 190 da OIT foi aprovada, e entrou em vigor, no plano internacional, doze meses após a ratificação por dois Estados membros, em 25 de junho de 2021, ou seja, bem recentemente. Até o momento, seis países a ratificaram: Argentina, Equador, Fiji, Namíbia, Somália e Uruguai.

Em seu texto introdutório, a OIT traz os motivos para a aprovação da convenção n. 190. Os principais deles são os seguintes:

- a. A Declaração de Filadélfia garante a todos, sem distinção, o direito de perseguir seu bem estar material e desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança social e em igualdade de oportunidades;
- b. A pertinência das convenções fundamentais da OIT;
- c. Recordando outros instrumentos internacionais pertinentes;
- d. Reconhecendo o direito de todos a um mundo do trabalho livre de violência e assédio, que são incompatíveis com o trabalho decente;

- e. A importância de uma cultura de trabalho baseada no respeito mútuo e dignidade do ser humano;
- f. A responsabilidade de os membros em promover um meio ambiente de tolerância zero contra a violência e assédio;
- g. Reconhecendo que a violência e assédio no trabalho afetam a saúde psicológica, física e sexual das pessoas, sua dignidade e ambiente familiar e social;
- h. Também afetam a qualidade de serviços públicos e privados, e podem impedir o acesso ao mercado de trabalho ou promoções, principalmente para as mulheres;
- i. A violência e assédio são incompatíveis com a promoção de empresas sustentáveis e afetam negativamente a organização do trabalho;
- j. A violência e assédio afetam desproporcionalmente mulheres e meninas;
- k. A violência doméstica pode afetar as condições de trabalho e deve ser considerada nas ações possíveis aos agentes do mundo do trabalho.

O artigo 1 da convenção n. 190 da OIT traz importantes definições para a compreensão da norma, incluindo o conceito integrado de violência e assédio no mundo do trabalho; o conceito de violência e assédio em razão de gênero; e a possibilidade de abordagem separada na legislação nacional. O artigo 2 e 3 da referida norma expressam seu âmbito de aplicação (pessoas, setores, momentos e lugares), de modo que o artigo 2 descreve as pessoas protegidas (empregados, pessoas em qualquer situação contratual, incluindo eventuais, aprendizes, despedidos, voluntários, candidatos a empregos, aqueles que exercem o poder diretivo) e os setores (público e privado, formal e informal, em zonas urbanas e rurais).

O artigo 3 da convenção n. 190 da OIT usa a expressão “mundo do trabalho” para ampliar a sua aplicação pois assim inclui espaços como: lugar do trabalho; do pagamento, da alimentação e descanso, das instalações sanitárias ou vestiários; dos deslocamentos, viagens, eventos ou atividades sociais ou de formação; no âmbito das comunicações relacionadas ao trabalho, inclusive realizadas por tecnologias de informação e comunicação; alojamentos fornecidos pelo empregador e trajetos de casa para o trabalho.

Os princípios fundamentais da convenção n. 190 da OIT estão expressos no artigo 4 com enfoque inclusivo, integrado e que considera as questões de gênero para prevenir e reparar a violência e assédio no mundo do trabalho, e exemplos de medidas estatais necessárias para tanto nas alíneas “a” a “h” (estas incluem o acesso à justiça para as vítimas de violência e assédio).

O artigo 5 aborda o trabalho decente e o 6 a necessária proteção aos grupos vulneráveis, de modo que os Estados devem adotar legislação que protejam as pessoas de grupos vulneráveis que sejam afetados desproporcionalmente pela violência e assédio no trabalho.

Pelo artigo 7 da convenção n. 190 da OIT, a legislação estatal sobre a proibição da violência e assédio no trabalho deve considerar também a questão de gênero. E o artigo 8 prevê, ainda: a consideração da importância da ação de autoridades no caso dos trabalhadores da economia informal; a identificação dos setores e ocupações mais expostos à violência e assédio no trabalho; e a adoção de medidas eficazes para proteger estas pessoas.

Requisitos da legislação nacional para combater a violência e assédio no trabalho são descritos no artigo 9, incluindo:

- a. Adotar uma política para o ambiente de trabalho relativa violência e assédio no trabalho;

- b. Considerar a violência e assédio no trabalho, assim como os riscos psicossociais associados na gestão da SST;
- c. Identificar os perigos e riscos da violência e assédio no trabalho e adotar medidas de prevenção;
- d. Proporcionar informação e capacitação acerca dos perigos e riscos da violência e assédio no trabalho e sobre as medidas de prevenção.

O importante tema do controle da aplicação e meios de solução e reparação das vítimas de assédio é abordado com detalhamento da obrigação dos Estados de adotar medidas adequadas para:

- a. Supervisão e controle da aplicação da legislação nacional relativa a violência e assédio no trabalho;
- b. Garantir o fácil acesso a mecanismos de solução de conflitos e reparação em casos de violência e assédio no trabalho, que sejam seguros, equitativos e eficazes;
- c. Proteger a privacidade das vítimas e a confidencialidade;
- d. Prever sanções;
- e. Prever que as vítimas de violência e assédio no trabalho tenham acesso a mecanismos de solução que considerem as questões de gênero e sejam seguros e eficazes;
- f. Garantir o direito das vítimas ao afastamento do trabalho sem sofrer represálias ou outras sanções indevidas;
- g. Velar para que a inspeção do trabalho e outras autoridades estejam aptas a tomar medidas imediatas de proteção das vítimas de violência e assédio no trabalho (art. 10 da convenção n. 190 da OIT).

O artigo 11 da convenção n. 190 da OIT trata da orientação, formação e sensibilização, destacando que os Estados devem esforçarem-se para garantir:

- a. Políticas nacionais pertinentes adequadas ao combate à violência e assédio no trabalho;
- b. A disponibilidade de ferramentas sobre a violência e assédio no trabalho, incluindo-se a violência de gênero, aos empregadores, trabalhadores e suas associações;
- c. Campanhas de sensibilização sobre a violência e assédio no trabalho.

Os artigos 12 a 15 tratam de disposições finais e métodos de aplicação, ressaltando que os Estados devem aplicar a convenção n. 190 por meio da legislação nacional e de convênios coletivos ou outras medidas adequadas à prática nacional.

5. Síntese Conclusiva

Como se pode observar, as duas últimas convenções das OIT trazem temas de mais extrema relevância para o cenário do mundo do trabalho mundial e, em particular, para o cenário nacional brasileiro, marcado por uma aprofunda desigualdade social a engessar ou até mesmo causar regresso na garantia aos direitos sociais das trabalhadoras domésticas e, em geral, das meninas e mulheres obreiras. Estas são as vítimas preferenciais de diversas formas de violência e assédio no ambiente doméstico e do trabalho, que hoje muito se confundem, especialmente com a pandemia da COVID-19 e o incremento do teletrabalho e da informalidade.

Assim, por essas e outras razões, em boa hora podemos nos valer do uso do controle de convencionalidade para aplicar,

com entusiasmo, mas também com as cautelas e ressalvas expostas neste estudo, as novas convenções da OIT. Trata-se, assim, de relevantes instrumentos normativos a possibilitar ao intérprete comprometido com o incremento dos direitos sociais uma relevante ferramenta de compreensão e adequada aplicação das normas internas, sempre com a atenção voltada à questão de gênero.

Este aspecto, em particular, não passou despercebido a duas das mais relevantes iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, recentemente, expediu o documento intitulado “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021”, com informações precisas aos juízes de todos os ramos do Poder Judiciário brasileiro sobre como fazê-lo.¹⁴

De igual sorte, e não menos importante, é a iniciativa expressa na Resolução n. 123, de 7 de janeiro de 2022, pela qual o CNJ “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”. Aqui estão incluídas, por certo, as convenções da OIT, representantes que são das mais relevantes normas internacionais em matéria de direitos humanos sociais, o que em tudo contribui para o efetivo incremento do uso do controle de convencionalidade em matéria trabalhista.

6. Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; FARIA, Renato Vieira. A convenção 190 da OIT e a proteção à saúde mental dos trabalhadores. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; GUNTHER, Luiz Edu-

¹⁴ Logo no início deste Protocolo, o CNJ esclarece a sua finalidade: “(...) Esta publicação é fruto dos estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, para colaborar com a implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ ns. 254 e 255, de 4 de setembro de 2018, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário” (Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021).

ardo (Coords.) **O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. Aplicação das normas internacionais ao direito do trabalho.** Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

BYUNG-CHUL, Han. **Sociedade do cansaço.** 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2019

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Noções preliminares sobre controle de convencionalidade. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.) **O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. Aplicação das normas internacionais ao direito do trabalho.** Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

MATOS, Monique Fernandes Santos. **Trabalho decente e controle de convencionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MOLINA, André de Araújo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.) **O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. Aplicação das normas internacionais ao direito do trabalho.** Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Fantástico. Escravizadas dentro de casa: as histórias comoventes de três mulheres que foram libertadas da exploração dos patrões. **Globoplay**, 11 jul. 2021. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/9678518/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Corte IDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, 2022. Órgão jurídico autônomo. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

Contrapontos à história do Direito do Trabalho no Brasil

Murilo C. S. Oliveira¹

¹ Juiz do Trabalho na Bahia. Professor Associado da Faculdade de Direito e do PPGD da UFBA. Doutor pela UFPR e estágio pós-doutoral pela UFRJ. Pesquisador do Grupo Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TTDPS/UFBA). E-mail: murilosampaio@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Nos quase oitenta anos da CLT e um pouco de duzentos anos de Direito do Trabalho com suas recorrentes crises, a tarefa de repassar a história da disciplina, sobretudo naquilo que não é problematizado, mostra-se indispensável. O desconhecimento da história do Direito do Trabalho, seja pela total omissão de importantes momentos, seja pela sacralização da narrativa clássica oficial, prossegue nos tempos presentes. Neste quadro, a riqueza dos acontecimentos, dos olhares múltiplos ou mesmo das leituras “de contraponto” são desconsiderados, impedindo uma compreensão mais ampla e problematizante do presente da disciplina.

Almeja-se, neste ensaio, situar a necessidade da problematização da história do Direito do Trabalho, notadamente aquela consignada nos atuais manuais da disciplina. Nas referidas obras, a história do juslaboralismo nacional é narrada para fins de legitimação do presente, isto é, para demonstrar que o sistema atual representa a evolução, que o presente constitui o desenvolvimento e aperfeiçoamento do passado. Neste viés, a singularidade do Direito do Trabalho — regulação do conflito Capital-Trabalho — é sequestrada da história, porquanto a análise político, econômica e social é subjugada pelo registro acrítico das leis, decretos e controvérsias doutrinárias.

Este ensaio propõe-se, assim, a pontuar traços para problematizar a história do Direito do Trabalho. Não se pretende conceber uma nova história ou nova estruturação histórica, o que seria impossível para um ensaio, mas tão somente demonstrar alguns dos muitos momentos históricos obscurecidos pela história oficial, que, caso fossem analisados profundamente, poderiam

permitir outras compreensões para o tempo presente. Para tanto, será preciso esboçar a definição e caracteres da história-problema, perpassando a Escola de Annales. Com os aportes da crítica histórica, proceder-se-á a rápida análise do período tido como irrelevante (trabalho escravo e dos imigrantes), adiante será estudado o trabalhismo de Getúlio Vargas e desvelada a contribuição autoritária da Ditadura Militar para o sindicalismo.

2. A ESCOLA DE ANNALES E A HISTÓRIA-PROBLEMA

Nos manuais de direito do trabalho, a parte histórica funciona como um adorno ou acessório com o objetivo de apontar o presente como um resultado linear de alguns eventos históricos, em especial os legislativos. Paolo Grossi, assim, denuncia o simplismo da narrativa histórica oficial que ignora os conflitos e os interesses que envolvem os fatos históricos. A história tem recebido da manualística a única função de acessório erudito² nos estudos jurídicos.

Na direção do resgate desta consciência crítica, uma postura similar a uma “história-problema”, a exemplo da primeira *Escola dos Annales* (BURKE, 1997) revela-se necessária no Direito do Trabalho. Trata-se de prostrar o positivismo histórico que alicerça as narrativas clássicas. Impõe-se combater um pretensão evolucionismo histórico que apresenta o presente como o ápice, quando o passado poderia conter modelos e práticas mais legítimas e funcionais, lembrando que, nas palavras de Palomeque López, “o Direito do Trabalho é uma categoria de impossível

2 “A história, tamanha sua irrelevância na acepção jurídica conceitualista (avessa à experiência), ainda pode figurar como conhecimento erudito, geralmente introdutório no estudo de um instituto jurídico qualquer, sendo muitas vezes negligenciada, devido à suposta inaplicabilidade e ineficácia na compreensão do fenômeno jurídico que lhe atribuem. Isto quando não é utilizada num discurso legitimador da ordem jurídica vigente, mapeando a evolução harmônica e constante de um instituto jurídico até atingir a sua forma hoje expressa no ordenamento jurídico como se o instituto tivesse passado por um processo de aprimoramento, progresso, até chegar a sua forma melhor acabada, atual” (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 72)

apreensão sem o cabal conhecimento do seu passado” (*apud* ROMITA, 2001, p. 9).

A historiografia no início do século XIX era caracterizada pela racionalidade positivista, produzindo supostamente uma narrativa neutra que, pretensamente, identificaria com objetividade o conhecimento histórico. A figura de Leopold von Ranke simboliza bem esta nova vertente para a historiografia, enquanto historiador que protagonizou a história-política, entendida como a abordagem histórica sobre os feitos políticos e bélicos, nos quais só interessava estudar os poderosos e os grandes homens. O modelo rankeano marginalizava tudo que não fosse política oficial (BURKE, 1997, p 19), inclusive porque sua feição positivista privilegiava os documentos, mas especificamente os documentos oficiais por serem tidos como as verdadeiras fontes históricas.

Para este paradigma historiográfico, a relação entre historiador e história transcorria numa imaginária relação estanque entre sujeito cognitivo que compreende o objeto assim como ele é. Tratava-se da máxima cientificista de crer na existência de um conhecimento neutro, que se revela exatamente como ele é, sem qualquer interferência do sujeito cognitivo. Este decadente positivismo desconhece que o conhecimento humano jamais atinge ao real em si, pela impossibilidade de “apreender” o real exatamente como ele é sem transformá-lo, seja pela linguagem, pela subjetividade, pela imperfeição da percepção empírica, pelo momento histórico. Deste modo, o processo de apreensão da realidade significa traduzir para o pensamento um objeto real, portanto transformando-o em realidade pensada³.

3 Lucien Febvre crítica esta pretensão de objetividade; “Há que banir seriamente esse ingênuo realismo de um Ranke, que imagina poder conhecer os factos em si mesmos, como se passaram. É através das formas do nosso espírito que nos apercebemos tanto da ‘realidade histórica’ como da realidade física. [...] Neste aspecto, é a própria expressão da Ciência ... que não tem por último objectivo a descoberta das leis... mas a compreensão dos fenômenos.” (FEBVRE, 1985, p. 63-64)

A primeira fase da Escola dos Annales, representada pela geração de Lucien Febvre e Marc Bloch, demonstra com intensidade o equívoco de tal pretensão de objetividade. Febvre destaca “é o historiador que dá luz aos fatos históricos, inclusive os mais simples” (*apud* ROJAS, 2000, p. 96). Se hodiernamente a ideia de neutralidade científica encontra dificuldades até nas ciências exatas (SANTOS, 1998), na história, uma ciência social intrínseca ao homem, resta inconcebível pensar a possibilidade de uma história objetiva. Revela-se sobremaneira simplista uma história-relato que asepticamente coleta eventos como eles são.

O movimento dos *Annales* pensava diferente. Entendia que o importante era, ao invés de relatos cartorários, levantar o “problema”, que seria o começo e o final de toda história. (FEBVRE *apud* ROJAS, 2000, p. 104). Frente a complexidade e pluralidade de manifestações dos fatos históricos, uma postura metodológica fincada em um problema seria mais perspicaz para conhecer e compreender melhor a história. A partir dos problemas, normalmente aqueles ignorados pela história dos grandes feitos, podia-se refazer o conhecimento histórico, como procederam Febvre e Bloch e os Annales seguintes. Firmava-se, então, a história-problema⁴.

Critica-se, desse modo, a proposta da história progressista-evolucionista que pretende, narrando linearmente os acontecimentos, enaltecer o presente enquanto expressão desenvolvida do passado. Esta história evolucionista ignora os problemas inerentes e provocados por este desenvolvimento, bem como outros caminhos desperdiçados. (HESPANHA, 2005, p. 28-29).

4 “A história-problema vem reconhecer a impossibilidade de narrar os fatos históricos tal como se passaram. Por ela, o historiador sabe que escolhe seus objetos no passado e que os interroga a partir do presente. Ele explicita a sua elaboração conceitual, pois não pretende se apagar na pesquisa, em nome de uma objetividade [...] portanto, ao romper com a narração, a história torna-se empresa teórica, que segue o caminho de toda a ciência: ela põe problemas e levanta hipóteses” (REIS *apud* BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 61).

Outra relevante guinada de *Annales* foi o alargamento do conceito de fontes históricas. Em que pese o relevo dos registros cartorários, esta nova historiografia entendia que a história não se resumia ao quanto o Estado conseguisse formalizar, notadamente nos períodos anteriores à formação dos Estados modernos. Era preciso, então, recorrer a outras fontes para o devido enfrentamento, com profundidade, dos problemas desta nova história. Iniciou-se o uso de fontes não-literárias, como mapas cartográficos, estatísticas, entre outras. Destaca-se, também, o inovador método regressivo de Bloch de fazer história ao inverso em termos cronológicos, eis que propunha que a história fosse construída do conhecido ao desconhecido, do presente em direção ao passado (BURKE, 1997, p. 43).

Conjuntamente com uma história-problema, a Escola de Annales iniciava estudos historiográficos para além das temáticas do político-militar, chegando até aos assuntos cotidianos e simples, como o “o toque real” (poder de cura dos reis), mas que podiam revelar temas importantes para uma certa sociedade histórica, como, neste caso, a idéia de imaginário popular. A história-problema coabitava com uma história total “a história deveria ser a ciência do social-humano, concebida em todas suas dimensões e parâmetros constitutivos, portanto, uma história global e totalizante” (ROJAS). A história global não visa tratar de todos os acontecimentos, a globalidade pretendida é na epistemologia, não no objeto. Peter Burke sintetiza as contribuições da escola historiográfica francesa:

[...] a mais importante contribuição do grupo dos Annales, incluindo-se as três gerações, foi expandir o campo da história por diversas áreas. O grupo ampliou o território da história, abrangendo áreas inesperadas do comportamento humano e a grupos sociais negligenciados pelos historiadores tradicionais. Essas extensões do território histórico estão vinculadas à descoberta de novas fontes e ao desenvolvimento de novos métodos para explorá-las.

Estão também associadas à colaboração com outras ciências, ligadas ao estudo da humanidade, da geografia à lingüística, da economia à psicologia. Essa colaboração interdisciplinar manteve-se por mais de sessenta anos, um fenômeno sem precedentes na história das ciências sociais (BURKE, 1997, p. 127).

Não obstante a multidisciplinaridade da Escola dos *Annales* que assenta a base da história-total, a historiografia jurídica foi um tema pouco desenvolvido pela escola francesa. *Annales* manteve um certo distanciamento da história do Direito. Uma das explicações para esta distância consiste na natural associação entre a história jurídica e a história política oficial. A história do direito era vista como aquela narrativa exclusiva dos atos estatais, essencialmente as leis do Estado, configurando-se um exemplar da história positivista tão combatida pelo movimento *Annales*.

A historiografia jurídica prossegue dominada por uma visão positivista legitimadora e monolítica dos acontecimentos, o que faz necessário a mesma ruptura que fez a primeira fase da Escola de *Annales* com sua denominada história-problema. Um dos pilares deste traço legitimador da historiografia jurídica é, sem dúvida, ausência de reflexão crítica entre a relação do Estado (e sua produção legislativa) com o Direito, entendido como fenômeno muito mais amplo do que o ordenamento jurídico.

É mister salientar que a confluência entre história do Direito com o positivismo histórico provém do chamado Estadualismo/Legalismo. O Estadualismo⁵ corresponde ao modelo de Estado implementado na pós-revolução francesa, baseado na

5 Rodrigo Banhoz e Luiz Fachin indicam que a abertura da história-total inicia a superação do estadualismo: “Pode-se perceber com a abertura temática que teve lugar na historiografia, e a compreensão do que o fenômeno social não se bastava na análise puramente política da sociedade, bem como na objetividade científica. O paradigma estadualista não mais imperava na análise historiográfica, não mais deformava a realidade social, mas era em muitos casos um ponto de reflexão crítica para reaproximar o historiador dos diversos aspectos presentes na sociedade, não apenas o político. A história não mais era um instrumento de legitimidade do Estado-Nação, mas um campo do saber destinado a compreender a sociedade em toda a sua complexidade, ao lado das ciências sociais que a impulsionaram” (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 58).

separação firme entre sociedade política (Estado) e civil (Direito Privado), em mecanismos de mediação (representação política), na identificação do Direito à lei (legalismo) e no monopólio estatal da jurisdição (monismo jurídico) (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 56). O Legalismo propõe-se a reduzir todo o direito a tão somente a disposição da lei, tendo no movimento codificador uma ilustração de sua pretensão de redução do Direito à Lei, reunida em Código.

Verifica-se, destarte, que a *Annales* e sua história-problema agregam substrato teórico e metodológico para a crítica do positivismo jurídico e, por decorrência, para crítica ao Legalismo. Desse modo, o distanciamento entre a escola francesa e a historiografia jurídica não impossibilita o diálogo entre tais saberes. Ao contrário, muitos historiadores do Direito têm desenvolvido esta trilha de repensar a história jurídica a partir da contribuição de *Annales*, a exemplo de Antônio Manuel Hespanha (2005) e Ricardo Marcelo Fonseca (1997). O passado de distância não impede tentativas de aproximação, inclusive pode-se extrair em Marc Bloch um indício de uma história-problema no direito⁶.

Aliado à história-problema, a historiografia jurídica, bem como todo o direito, carece de visão interdisciplinar a fim de obter uma perspectiva mais ampla do fenômeno jurídico. Urge, também, uma história-total na seara jurídica, que ultrapasse o legalismo e o positivismo oficial. Trata-se de romper com a

6 “Consideremos, por exemplo, a ‘história do direito’, o ensino e o manual, que são admiráveis instrumentos de esclerose, vulgarizaram o nome. Entretanto, que engloba ele? Uma regra de direito é uma norma social, explicitamente imperativa; sancionada, além disso, por uma autoridade capaz de impor seu respeito mercê de um sistema preciso de coações e de penalidades. Praticamente, tais preceitos podem reger as actividades mais diversas. Mas nunca são únicos a fazê-lo: obedecemos constantemente, na nossa conduta diária, a códigos morais, profissionais, mundanos, frequentemente muito mais imperativos do que o próprio código. De resto, as fronteiras deste oscilam permanentemente; e uma obrigação socialmente reconhecida se pode, por estar incluída nela, ganhar mais ou menos força ou clareza, não muda evidentemente de natureza por isso. O direito, no sentido estrito da palavra, é, portanto, um invólucro formal de realidades em si mesmas, demasiado variadas para poderem ser com proveito, objecto de um só estudo; e não esgota nenhuma delas” (BLOCH, 1965, p. 129).

visão jurídica insular mediante a interdisciplinaridade, no sentido de entender e estudar o contexto social, político e econômico em que se produz o direito. Não se sustenta o fim da especialização do conhecimento jurídico, mas uma consciência de que este conhecimento específico não existe isolado no mundo histórico. Em verdade, combate-se mais uma suposta autonomia do jurídico do que sua especialização, como já anotava Marc Bloch⁷.

Outra questão importante que fundamentaria a distância entre a historiografia jurídica e *Annales* refere-se ao traço da curta duração na história do Direito. Superada a narração linear histórica dos grandes feitos, a escola francesa na busca por respostas aos seus problemas preferiu situar os quadrantes históricos não mais pela cronologia clássica, mas em estruturas concebidas a partir de períodos com características assemelhadas, denominados de história de longa duração. A história do direito somente cuidou da curta duração ou quando era de longa duração destinava-se a provar a tradição jurídica linear e progressiva, ou seja, não identificava ou pensava por categorias estruturais, ciclos ou repetições. Com as contribuições da história-problema e da história-total, a história do direito poderá conseguir sobressair da curta duração ou mesmo de uma postura legitimadora.

Saliente-se que as contribuições desta nova história possibilitam ao direito a descoberta de novos problemas outrora submersos no discurso oficial. Propiciam a análise do discurso jurídico, que se apresenta autônomo dos sujeitos e da história, terminando por incorporar uma perspectiva arqueológica,

⁷ “Há contudo, qualquer coisa de exacto na noção do facto jurídico como distinto dos outros. É que, pelo menos em muitas sociedades, a aplicação e, em larga medida, a própria elaboração das regras de direito, foram obra própria de um grupo de homens relativamente especializado e, neste papel, (que os seus membros podiam, é evidente combinar com outras funções sociais), suficientemente autônomo para ter suas tradições próprias e frequentemente, até à prática de raciocínio peculiar. Em suma, a história do direito poderia muito bem não ter existência à parte senão como a história dos juristas” (BLOCH, 1965, p. 130).

como fez Michel Foucault, ou seja, uma história social da linguagem jurídica. Antonio Manuel Hespanha considera que o pensamento de Foucault sobre a história estava integrado à nova história (FONSECA, 1997, p. 14). Pode-se, então, proceder à análise histórica do discurso da verdade enquanto modo de dominação (saber-poder) ou focar a investigação sobre o poder descentralizado para reconhecer o pluralismo jurídico, novos problemas e objetos para a história do direito além das questões estado-indivíduo.

3. UM PERÍODO IRRELEVANTE?!

Mister, então, buscar os outros pontos de vistas não desenvolvidos pela história oficial e tradicional sobre o Direito do Trabalho. Trata-se de não de uma reconstrução da história, mas de pincelar sobre alguns eventos históricos com um olhar da história-problema, na tentativa de realçar certos problemas outrora ignorados nos Manuais. Ricardo Marcelo Fonseca prenuncia:

[...] nos mais diversos manuais de direito do trabalho, em que a inevitável (e no mais das vezes nefasta) 'introdução histórica' – de regra presente no primeiro capítulo dos livros – busca demonstrar linearmente (e num procedimento de seleção factual no mínimo arbitrário e historiograficamente suspeito) como os institutos jurídicos presentes “são o que são”, indicando com isso uma visão naturalizadora do presente (o nosso presente é um resultado inevitável de todo um processo histórico) ao mesmo tempo em que se celebra uma visão progressiva do tempo histórico (o presente é visto como o auge e cume de toda a trajetória humana) (FONSECA, 2006, p. 297).

Contudo, um passo inicial para pensar problematizando a história do juslaboralismo é enfrentar momentos considerados como irrelevantes, eis que situados em um período de proto-capitalismo (O Império). O exemplo de um dos autores mais

festejados contemporaneamente, Maurício Godinho Delgado, é sintomático. Mesmo apresentando uma leitura histórica mais consistente porque alicerçada períodos sócio-políticos e não na cronologia legal, Delgado não aprofunda os traços trabalhistas da lei do referido período, por considerá-las⁸ pouco significativas. Em geral, a manualística contenta-se em considerar este período como rudimentar⁹, ignorando suas potencialidades.

A irrelevância sugerida, entretanto, não resiste à investigação mais profunda. No Brasil Império, pode-se identificar uma política de formação de um mercado de trabalho, por meio de uma legislação, que não cuidando do emprego (que quase não existia), regulava outras manifestações do trabalho humano, notadamente o trabalho escravo, a locação de serviços e o trabalho dos imigrantes. Desta legislação, extrai-se alguns caracteres tipicamente trabalhistas¹⁰, inclusive sendo posteriormente aperfeiçoados e incorporados à regulação do emprego no século XX. Trata-se de investigar com interesse as mencionadas leis e sua contextualidade histórica, em busca da relevância obscurecida pela manualística, com base no estudo do economista João Carlos Kirdeikas sobre a formação do mercado de trabalho.

A lei de locação de serviços de 13 de setembro 1830 destinada a regular locação de serviços é parcamente tratada nos livros de Direito do Trabalho, sendo ignorada em muitos deles.¹¹

8 “Trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior [1824 a 1888], mercado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justtrabalhista” (DELGADO, 2005, p. 106).

9 Ricardo Marcelo Fonseca expõe: “As formas anteriores de relações de trabalho são vistas como rudimentares modelos pré-modernos que, após o “choque burguês” (que é o choque racionalista revolucionário, ainda que no Brasil não tenha ocorrido revolução alguma), transmutam-se em vestes modernas (leia-se: vestes apropriadas), as quais o jurista contemporâneo só pode celebrar” (FONSECA, 2006, p. 297).

10 Esta ideia adveio do debate suscitado na disciplina História do Mercado e Trabalho ministrada pela Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho no segundo semestre de 2008, no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR – Doutorado.

11 Vide de Curso de Direito do Trabalho de Sérgio Pinto Martins (2004).

A lei de 1837, também lidando com a locação de serviços, surgiu para completar as disposições anteriores, destinando-se exclusivamente aos serviços de trabalhadores estrangeiros. Disciplinava o labor de imigrantes e nacionais, sob o prisma da liberdade de trabalho, eis que não havia à época, sequer na Europa, uma perspectiva protecionista singular ao Direito do Trabalho. Cingia-se, então, como regulação civilista para as relações de trabalho.¹²

O conteúdo desta regulamentação civilista, no entanto, traz institutos trabalhistas que seriam consagrados na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT). Isto é, mesmo que garantindo forçadamente a permanência do trabalhador, em especial o estrangeiro, tal legislação implementou traços protecionistas, resguardadas as proporções para a época, que viriam a compor algumas das bases do Direito do Trabalho atual¹³. Para compreender os traços do atual contrato de trabalho, impõe-se, destarte, compreender bem tais leis.

No cotejo da lei de 13 de setembro de 1830, verifica-se a caracterização da sujeição pessoal e corporal pelo descumprimento contratual. A garantia do adimplemento do dever do locador de serviços se dava com a própria garantia da liberdade do trabalho. O não trabalho por parte do locador implicaria sua prisão.¹⁴ Talvez isto explique a distinção subordinação e sujeição feita pela doutrina atual, uma vez que a sujeição importaria a restrição de liberdade como na lei de 1830, diferentemente da subordinação que se limita à obediência ao poder diretivo nos limites do contrato e sem violação à liberdade individual.

12 "Foi ainda na primeira década de vigência da Carta Magna [1824] que surgiu a primeira lei brasileira [13/09/1830 – trabalho do estrangeiro no Brasil] que consideramos embrião da legislação dedicada às relações de trabalho." Foi complementada pela Lei 108/1837 (ABREU, 2005, p. 23).

13 Ideia levantada pela Professora Doutora Aldacy Rachid na disciplina História do Mercado e Trabalho.

14 "Art. 4. Fora do caso do artigo precedente, o Juiz de Paz constrangerá ao prestador de serviços a cumprir o seu dever, castigando-o correccionalmente com prisão e depois de três correções ineficazes, condenará a trabalhar na prisão até indenizar a outra parte. Art. 5. O prestador de serviços, que se evadindo ao cumprimento do controle, se ausentar do lugar, será a ele reconduzido preso por deprecada pelo Juiz de Paz, provando-se na presença deste o contrato, e a infração".

Encontra-se na lei de locação de serviços institutos que irão compor traços essenciais do contrato individual de emprego. Verifica-se a existência de regulação da transferência¹⁵ do locador, para condicioná-la a não piora da condição de trabalho e ao aceite do trabalhador, disposição assemelhada ao artigo 469 da CLT. Penaliza-se a rescisão antecipada com o pagamento do correspondente ao trabalho já realizado e da metade do valor remanescente¹⁶, que é exatamente a regra atual na situação de rescisão antecipada do contrato a prazo, consoante artigo 479 da CLT.

Em 1879, surgiu uma nova lei de locação de serviços, com outros traços trabalhistas. A previsão de justa causa, embora natural no Direito Civil, como existe até hoje (Código Civil, art. 602), fora elencada e juntamente a justa causa patronal¹⁷, prevista no decreto n.2.827/1879, que resultaria na resolução contratual por falta grave do empregador. Assim, a disciplina da rescisão indireta, inclusive a exigência de três de espera para a configuração da mora salarial, foi inserida no Brasil pela citada e incorporada, com algumas alterações, à CLT no artigo 483. Esta regulação com uma leve proteção tinha um propósito nítido:

15 “Art. 2. O que estipulou para se os serviços: I. poderá transferir a outro o contrato, com tanto que não piore a situação do que obrigou a prestá-lo, nem lhe seja negada essa transferência no mesmo contrato”.

16 “Art. 2. O que estipulou para se os serviços: ... II. Não poderá apartar-se do contrato, enquanto a outra parte obrigada aos serviços cumprir a sua obrigação, sem que lhe pague os serviços prestados, e mais a metade do preço contratado”.

17 Art. 39 São justas causas para despedir-se o locador: § 1. Falta de pagamento dos salários por tempo estipulado no contrato, ou por três meses consecutivos. § 2. Imposição de serviços, não compreendidos no contrato. § 3. Enfermidade que o prive de continuar a servir. § 4. Haver-se casado fora da freguesia. § 5. Não permitir o locatário que o locador compre a terceiros os gêneros de que precisa ou constrangê-lo a vender só a ele locatário seus produtos, salvo quando à venda, for convenção especial. § 6. Se o locatário fizer algum ferimento na pessoa do locador, ou injuriá-lo na sua honra e na de sua mulher, filhos ou pessoa de sua família. Art. 40. Despedindo-se o locador com justa causa, ou sendo despedido com justa causa, não tendo direito senão aos ganhos vencidos, descontando o seu débito (art.3). Art. 41. Sendo o locador despedido sem justa causa (art. 32) antes de findo o tempo de contrato, o locatário é obrigado a pagar-lhe os salários vencidos e os por vencer, correspondentes ao resto do tempo do contrato”.

A lei de 1879 tinha dois objetivos básicos. Primeiro, a atração de trabalho e a melhoria da imagem do Brasil nos países europeus; e segundo, a busca de garantias de estabilidade em contratos de locação de serviços, reduzindo as tensões entre locadores e locatários. Buscando garantir legalmente o trabalho regular livre na lavoura, utilizando para isso coerção (via penas de prisão) (KIRDEIKAS, 2008, p. 16).

O sentido da lei era a garantia da regularidade da prestação dos serviços, ou seja, a implementação de um mercado de trabalho decorrente de uma legislação de disciplina para o trabalho.

Outra questão obscurecida é a regulação do trabalho escravo. A história do juslaboralismo passa longe da análise das medidas legislativas que concretizaram a política de transição do liberto para o trabalhador juridicamente livre. Em verdade, uma política de formação do mercado de trabalho, que criminalizava a recusa ao trabalho assalariado, como aponta João Carlos Kirdeikas:

É notória a preocupação do governo com a disciplina do trabalho do liberto. O temor do alto risco do liberto evadir-se e não se sujeitar ao trabalho regular, tornando-se um “vadio”, rebelando-se contra o sistema de trabalho da escravidão. Os legisladores buscaram formas para tentar coibir a vadiagem do liberto e de estabelecer as bases para a disciplina para o trabalho regular e sua inserção no mundo do trabalho (KIRDEIKAS, 2008, p. 5).

Nos termos da Lei n. 2.040 de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), cabia ao liberto o dever de trabalhar, sob pena ser constrangido a celebrar contrato de locação de serviços¹⁸ ou ser preso em regime de trabalho forçado ou envio à colônia. Neste aspecto, a liberdade de trabalho prevista na Constituição

18 “§ 17. Qualquer liberto encontrado sem ocupação será obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo que lhe for marcado pela polícia. § 18. Terminado o prazo, sem que o liberto mostre ter cumprido a determinação da polícia, será por esta enviado ao juiz de órfãos, que o constrangerá a celebrar contrato de locação de serviços, sob a pena de 15 dias de prisão com trabalho e ser enviado para alguma colônia agrícola no caso de reincidência”.

de 1824 não vigorava para os ex-escravos, ante a necessidade política-econômica de se constituir um mercado de trabalho. “Então, além da legislação nacional (leis de 1871 e 1885), a legislação municipal contribuiu de forma decisiva para constituição do mercado de trabalho, controlando tanto o escravo como o trabalhador livre” (KIRDEIKAS, 2008, p. 8).

É totalmente desconsiderada, no tocante ao trabalho escravo, a possibilidade legal de acumulação de erário pelo escravo. A Lei de 2.040/1871 estabeleceu o direito ao pecúlio dos escravos, artigo 4º, para que estes pudessem adquirir a liberdade, isto sob a autorização do seu senhor, no período da transição para o fim da escravidão. O que concretizava a tese de uma abolição lenta e gradual defendida pela maioria da elite brasileira.

Outra grave omissão, refere-se à investigação sobre o trabalho do imigrante. Existiam dois sistemas para o labor do estrangeiro: a parceria e o colonato. Criou-se na lei 108/1937, que regulava a locação dos serviços do imigrante, o instituto da justa causa nos artigos sétimo¹⁹ e décimo²⁰. Mais uma vez reiterou-se o instituto da rescisão indireta (artigo 483 da CLT) no âmbito de regulação civilista daquela modalidade de trabalho. Conclui-se que essa legislação somente serviu para garantir o cumprimento dos contratos, via coerção, impedindo rupturas antes do pagamento pelo obreiro das despesas de viagem:

19 “Art. 7. O locatário de serviços, que sem justas causas despedir o locador antes de se findar o tempo por que o tomou, pagar-lhe-á todas as soldadas, que este deverá ganhar, se o não despedira. Será justa causa para a despedida: § 1. Doença do locador, por forma que fique impossibilitado de continuar a prestar os serviços para que foi ajustado. § 2. Condenação do locador à pena de prisão, ou qualquer outra que o impeça de prestar serviço. § 3. Embriagues habitual do mesmo. § 4. Injúria feita pelo locador à seguridade, honra, ou fazenda do locatário, sua mulher, filhos, ou pessoa de sua família. § 5. Se o locador, tendo-se ajustado para o serviço determinado, se mostrar imperito no desempenho do mesmo serviço.”

20 “Art. 10. Será causa justa para a rescisão do contrato por parte do locador: § 1. Faltando o locatário ao cumprimento das condições estipuladas no contrato. § 2. Se o mesmo fizer algum ferimento na pessoa do locador, ou injuriar na honra de sua mulher, filhos ou pessoa de sua família. § 3. Exigindo o locatário, do locador serviços não compreendidos no contrato. Rescindindo-se o contrato por alguma das sobreditas causas, o locador não será obrigado a pagar ao locatário qualquer quantia de que possa ser-lhe devido.”

O aparato de garantias dadas ao locatário por esta lei é total. Um indivíduo (locador) que se sujeitasse a um contrato deste tipo, teria poucas condições de deixar de cumpri-lo. Com uma legislação como esta regulando o trabalho, onde a repressão e a coerção tomam contornos muito fortes, onde as garantias são prioritariamente em defesa do locatário, seria muito difícil recrutar mão de obra fora do Brasil. Aliás, esta legislação apenas piorava a imagem do trabalho no Brasil em outros países, somado à forte presença da escravidão (KIRDEIKAS, 2008, p. 11).

Por consequência, terminou-se desestimulando a imigração. Talvez motivados pelo insucesso da lei 108/1837, foram desenvolvidos sistemas paralelos de trabalho do imigrante. O primeiro sistema, a parceria, baseava-se na exploração dos imigrantes mediante as conhecidas dívidas de armazém (*truck system*), as despesas da viagem e seus juros, o que gerou inúmeros conflitos e resistências. O outro sistema, o colonato, este com as despesas de viagem subvencionadas pelo estatal, realizava a exploração via multas contratuais abusivas. “Tanto o sistema de parceria como o sistema de colonato, foram implementados pelos fazendeiros para regular e disciplinar a mão de obra estrangeira dentro de suas fazendas. Eram sistemas paralelos à legislação vigente” (KIRDEIKAS, 2008, p. 12).

Mesmo após o esgotamento das sistemáticas de trabalho de imigrantes e fim da escravidão, o intento de forçar ao trabalho, especialmente os brasileiros livres (ex-escravos, imigrantes, pequenos artífices, entres outros) prosseguia. Isto porque provavelmente era preferível uma liberdade²¹ numa vida de subsistência (inclusive através da ocupação dos sertões e grotões nacionais) do que à sujeição ao trabalho sem qualquer

21 “No século XIX, grande parte dos discursos das elites brasileiras pedia uma legislação que disciplinasse “o nacional” para o trabalho. O homem livre pobre preferiu viver na pobreza, sob a companhia da fome e o mínimo de subsistência, do que se sujeitar ao trabalho regular, que era identificado com a escravidão. A liberdade, no sentido mais amplo da palavra, era a verdadeira propriedade do homem livre pobre no Brasil.” (KIRDEIKAS, 2008, p. 13).

regulação ou proteção. Era necessária, então, uma legislação de promoção coercitiva ao trabalho. Por essa razão o código penal de 1830 consagrava a orientação de criminalizar²² a não aceitação de trabalho, eis que não ter uma ocupação honesta ou a mendicagem constituíam tipos ilícitos.

Viu-se que neste período esquecido pelos manuais de Direito do Trabalho encontram-se eventos, períodos e mesmo institutos jurídicos relevantes ao ponto de tornar necessária a análise sua histórica. Descortinados importantes acontecimentos, o próximo passo, para uma história-problema, refere-se ao cotejo do período do mito do trabalhismo.

4. O MITO DO TRABALHISMO

Por trabalhismo pode-se designar o pensamento que atribui à legislação trabalhista nacional a natureza de concessão da política de Getúlio Vargas. O discurso do trabalhismo, bem arraigado no Brasil, conduz às leituras restritas do fenômeno da consolidação/implementação da legislação do trabalho. É mister, então, tentar sinalizar questões no sentido de alargar esta experiência.

A princípio, é preciso elucidar uma premissa para a adequada compreensão do histórico das relações de trabalho no Brasil: o contexto econômico e político nacional produziu um desenvolvimento das relações de trabalho de maneira marcadamente distinta daquela ocorrida na Europa. Todavia,

²² Art. 295. Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, e útil, de que possa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda suficiente. Penas – de prisão com trabalho por oito a vinte e quatro dias. Art. 296. Andar mendigando: § 1. Nos lugares, em que existirem estabelecimentos públicos ou havendo pessoa, que se ofereça a sustentá-lo. § 2. Quando os que mendigam estiverem em termos de trabalhar, ainda que nos lugares não haja os ditos estabelecimentos. § 3. Quando fingirem chagas, ou outras enfermidades. § 4. Quando mesmo inválidos mendigarem em reunião de quatro, ou mais, não sendo pai e filhos, e não se incluindo também no número dos quatro as mulheres, que acompanharem seus maridos e os moços, que guiarem os cegos. Penas – de prisão simples, com ou sem trabalho, segundo o estado de forças do mendigo, por oito dias a um mês.

a premissa da diferença não permite, por outro lado, endossar o senso comum de certos manuais de que a legislação trabalhista brasileira foi uma dádiva de Getúlio Vargas, embora seja reconhecida sua contribuição na criação e consolidação das leis trabalhistas. Maurício Delgado apresenta uma análise comparativa que explica o modelo diferenciado e autoritário brasileiro:

[...] construindo-se essa institucionalização/oficialização ao longo de um demorado período político centralizador e autoritário (de 1930 a 1945), o ramo justralhista veio a institucionalizar-se, conseqüentemente, sob uma matriz corporativa e intensamente autoritária. A evolução política brasileira não permitiu, desse modo, que o Direito do Trabalho passasse por uma fase de sistematização e consolidação, em que se digladiassem (e se maturassem) propostas de gerenciamento e solução de conflitos no próprio âmbito da sociedade civil, democratizando a matriz essencial do novo ramo jurídico (DELGADO, 2005, p. 113).

Embora o Direito Laboral tenha surgido como conquista da ação organizada dos trabalhadores na Europa, suas características no Brasil são bastante distintas, uma vez que, no sistema brasileiro, a iniciativa estatal predominou, configurando um modelo de normatização autoritário corporativo (DELGADO, 2004, p. 120). Entretanto, deve-se lembrar que o seu início foi demarcado por uma incipiente organização sindical, sob inspiração da ideologia anarquista proveniente da formação política dos imigrantes europeus que compunham parte considerável dos trabalhadores no Brasil. Logo, a afirmação de que o Direito do Trabalho no Brasil representou uma dádiva da lei não pode ser propalada, uma vez que não se coaduna²³, de forma fidedigna, com a história.

23 “Já se disse não sem certa razão, que nosso Direito do Trabalho tem sido uma dádiva da lei, uma criação de cima para baixo, em sentido vertical. Em muitos casos tem sido assim realmente. Todavia, não se deve olvidar que em outros, mesmo antes da Revolução de 1930, o nosso incipiente Direito do Trabalho conheceu sua fase de auto-afirmação, numa inequívoca demonstração histórica

A era Vargas implantou nas relações de trabalho uma nova política intrinsecamente intervencionista e protetiva, assegurando, inquestionavelmente, uma série importante de direitos e vantagens, nas relações de emprego, aos trabalhadores individualmente considerados. Em contrapartida, empreendeu uma estratégia de atrelamento da organização coletiva dos trabalhadores ao Estado, importando sua cooptação e dominação, ao controlar da criação até a extinção dos sindicatos, ao definir seus objetivos, administração, receitas e eleições. Talvez por essa dualidade de proteção-cooptação justifique-se o porquê de considerar Vargas como pai dos pobres e, ao mesmo tempo, mãe dos ricos. A época, o controle estatal era tão intenso ao ponto da doutrina trabalhista imputar ao sindicato uma nova natureza jurídica: ente de Direito Público, eis que inserto no modelo corporativista autoritário.

Infere-se que o trabalhismo de Vargas inicialmente garantiu aos trabalhadores uma proteção trabalhista inimaginável para a época, considerando a capacidade de organização e conquista do movimento sindical. No entanto, seu preço foi indubitavelmente alto, posto que causou a aniquilação do potencial emancipatório da ação coletiva dos trabalhadores, produzindo o chamado “sindicalismo pelego”.

Uma análise política também se volta para a busca da relativa aceitação do patronato nacional diante da política de Vargas em consolidação de uma legislação intervencionista e protetiva. Não se trata de imaginar que a concordância da burguesia se justificou pelo reconhecimento da justeza de um sistema protetivo nas relações de trabalho, mas ao contrário na pretensão de que a legislação recém-criada — com muitas dificuldades para se tornar efetiva, inclusive que se prolongam

de uma consciência de classe, que já se delineava, desde o início deste século. Ainda aqui temos a confirmação histórica da prioridade cronológica do direito coletivo sobre o individual do trabalho” (GOMES e GOTTSCHALK; 2005, p. 6).

até os dias atuais — representaria um arrefecimento da luta de classes, em especial com perigo soviético, e um controle estatal sobre a coletividade organizada em sindicatos. Isto é, a legislação trabalhista, que dificilmente seria cumprida, traria paz entre classes²⁴ e aniquilação da combatividade sindical.

Infere-se, desta maneira, a configuração de um mito fundador. Este mito manifesta-se, também nas relações de trabalho a partir da cultura, denominada por Marilena Chauí (2000), de verdeamarelismo²⁵ que intenta afastar a luta de classes em favor da uma colaboração capital e trabalho, sob o olhar do Estado:

A divisão de classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam uma determinação histórica ou material de exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação uma e indivisa, sobreposta como um manto protetor que recobre as divisões reais que constituem (CHAUÍ, 2000, p. 89-90).

Na perspectiva de superação deste trabalhismo que impregnou a história do Direito do Trabalho, Magda Biavaschi formula uma contextualização mais crítica, assinalando uma apreciação histórica mais ampla do que a tradicional que apenas legitima o discurso da concessão de uma proteção trabalhista por Vargas:

24 Assim, expõe Hélio Mário de Arruda: “Na verdade o patronato não abandonara a postura de resistência e de crítica às normas legais regulamentadoras do mercado de trabalho, mas seu discurso converge com o discurso governamental, afirmando, em uníssono, de que a legislação social atendia aos justos reclamos dos trabalhadores e que podia assegurar paz social e assim um mais seguro desenvolvimento econômico social” (ARRUDA, 2007, p. 26).

25 “[...] o verdeamarelismo, sob a ideologia da “questão nacional”, precisa incorporar a luta de classes em seu ideário, mas de um modo tal que, ao admitir a existência da classe da trabalhadora, possa imediatamente neutralizar os riscos da ação política dessa classe, o que é feito não pela legislação trabalhista (inspirada no corporativismo da Itália fascista) e pela figura do governante como “pai dos pobres”, mas também por sua participação no “caráter nacional”, isto é, como membro da família brasileira, generosa, fraterna, honesta, ordeira e pacífica” (CHAUÍ, 2000, p. 38).

Depois da abolição, agudizaram-se as tensões e as necessidades sociais de proteção ao trabalho, sem que a Velha República pudesse delas dar conta. É que, afinal, a via escolhida foi a do liberalismo, a qual a Revolução de Outubro de 1930 buscou superar. Isto tudo é verdadeiro e passa a compor certa base material, sem força suficiente, porém, de impulsionar, com a força dos movimentos, a positivação dos direitos sociais fundamentais, isto é, a construção do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito. Para que a riqueza desses acontecimentos não se congele em rótulos como ‘cópia fascista’, ‘Estado de compromisso’, ‘mito da outorga’, ‘roubo da fala’, é importante que se os compreenda sob o foco de uma lente múltipla, a partir de uma dinâmica envolvendo interesses contrapostos coordenados por um Estado também em transformação (BIAVASCHI, 2007, p. 80).

5. FASCISMO, AUTORITARISMO OU POSITIVISMO?

Traçadas bases para uma crítica do trabalhismo, resta indispensável desconstruir, de igual modo, a qualificação de fascista ao Direito do Trabalho. O diagnóstico da índole fascista do Direito do Trabalho é corriqueiro na doutrina. Explicam que “o modelo justralhista brasileiro, como se sabe, foi apropriado das experiências autocráticas europeias do entre-guerras, fundando-se, em especial, no parâmetro fascista italiano” (DELGADO, 2005, p. 120). Concluem, assim, que “o Direito do Trabalho brasileiro nasceu sobre o signo do fascismo italiano” (ROMITA, 2001, p 18).

A qualificação de fascista para o Direito do Trabalho nacional peca por demasiado excesso. Não se olvida a influência da carta italiana durante a criação da CLT, porém não procede a assertiva de considerar o diploma trabalhista nacional uma cópia ou uma adaptação da *Carta del Lavoro*. O exagero sobressai porque a equiparação CLT e *Carta del Lavoro* somente ocorre em matéria sindical, uma vez que em muitos outros pontos

verifica-se imensa distinção, seja de perspectiva sócio-política, seja de institutos jurídicos.

Assim, considerar a CLT fascista torna-se correto quando se dirige exclusivamente à matéria de organização sindical, disposta nos artigos 511 a 630 da CLT. De fato, as categorias unicidade, enquadramento e imposto sindical são conceitos decorrentes de uma lógica de sindicato com monopólio de representação²⁶ dos trabalhadores sob o jugo do Estado: que autoriza sua criação; que lhe reconhece a personalidade sindical; que pode intervir, inclusive para destituir diretores e fechar o sindicato; e que arrecada, compulsoriamente, a contribuição sindical mediante o “imposto sindical”. Neste ponto, um dos integrantes da Comissão redatora da CLT reconhece a nítida influência corporativa em matéria de organização sindical.²⁷ Portanto, acusar o Direito do Trabalho nacional de fascismo destoa da complexidade e amplitude tanto da Consolidação de Leis, como das particularidades históricas:

Tal acusação, além de confundir o todo com as partes, revela, sem dúvida, o desconhecimento da evolução das leis brasileiras sobre o Direito do Trabalho. Dos onze títulos que compõem a Consolidação, apenas o V, relativo à organização sindical, correspondeu ao sistema então vigente na Itália (VIANNA, 2005, p. 62).

26 “O regime corporativo da Itália fascista só poderia ser organizado à base da sindicalização por categorias e com a adoção do método de enquadramento sindical prévio e obrigatório” (ROMITA, 2001, p 61).

27 Arnaldo Sussekind explica que a influência corporativista se deu apenas em matéria sindical: “Quais eram os princípios que orientavam a configuração da organização sindical como um sistema corporativo? Primeiro, a unidade sindical compulsória, por categoria ou profissão. Isto quer dizer que em cada categoria ou profissão, numa determinada base territorial, só podia existir um sindicato. Segundo, este sindicato único passava a representar não apenas seus associados, mas todos os que integravam as categorias ou profissões. Terceiro, porque todo trabalhador e todo empresário eram legalmente representados por um sindicato, deviam contribuir para ele com o imposto sindical. Esta parte é que foi exclusivamente inspirada no corporativismo italiano, que estava refletido na Carta del Lavoro” (SUSSEKIND apud ARRUDA, 2007, p. 32).

Talvez fosse mais adequado fugir da simples qualificação de fascista, com dificuldades de sustentação histórica, para identificar o traço corporativista ou autoritário da legislação trabalhista. Para tanto, convém destacar a figura de Oliveira Vianna, sociólogo e jurista, que exerceu papel notável no processo de consolidação de uma legislação trabalhista nacional, eis que ocupou durante longo período (1932-1945) a função de consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Seu perfil pode bem indicar traços que caracterizam a índole da legislação trabalhista: “Oliveira Vianna foi um antiliberal, um anticomunista, comungava com o pensamento inculpido na doutrina social da Igreja, mas sua concepção de corporativismo sempre objetiva o fortalecimento do poder secular” (ARRUDA, 2007, p. 18).

O corporativismo propugnado decorria daquilo que Oliveira Vianna denominava de insolidariedade social. “No Brasil o sindicato é uma causa inicial de um futuro espírito associativo. [...]. Se povo não é solidário, o Estado tem de intervir para organizar e fazer funcionar o sistema sindical corporativo” (ARRUDA, 2007, p. 58). Em que pese existirem proximidades e tais ideias estarem umbilicalmente jungidas na história, corporativismo não se confunde com o autoritarismo²⁸. É que no Brasil, as corporações não constituíram efetivamente espaços de decisão política para o Estado, o que caracteriza o corporativismo nacional mais como um autoritarismo estatal sob as vestes daquele.

Com efeito, a política varguista, de igual modo, não adotou um sistema corporativo, pois as corporações não eram centros de poderes, mas apenas de espaços de controle pelo poder central. Não havia permeabilidade para a participação

28 É preciso, então, distinguir o corporativismo do autoritarismo, a fim de desconstruir um senso comum histórico impreciso: “Corporativismo e autoritarismo não são sinônimos. O corporativismo societário pode ser estabelecido por iniciativa da sociedade civil. Diferentemente, o corporativismo estatal é construído a partir do Estado. Este último é o mais apropriado para as formas autoritárias de poder, como foi o caso do Brasil” (ARRUDA, 2007, p. 46).

política das corporações na definição da vontade soberana do Estado, pois ocorria a “ausência de mecanismos de participação das organizações do trabalho e do capital na formulação e implementação de decisões estratégicas do Estado nacional” (MENDES, 2007, p. 21).

Parece que as pretensões envolvidas pela política de Vargas mais representavam um ideal positivista de conciliação de classes, sob controle de Estado, do que efetivamente um modelo corporativista ou fascista. Embora, o contexto político-histórico da época o tenha aproximado dos governos autoritários europeus, o que estimula uma equiparação que não procede, Getúlio Vargas era adepto de um positivismo-castilhistas (BIAVASCHI, 2007, p. 90) e logo se distanciou do sistema fascista²⁹, por outros interesses, em favor de uma aproximação com os governos capitalistas-democráticos.

Além disto, o modelo corporativo clássico, adotado na carta italiana, não coaduna com os praticados intervencionismos estatais no mercado para realizar ou subsidiar interesses eminentemente privados. Saliente-se que a *Carta del Lavoro* firma-se na livre iniciativa, como se vê no seu inciso IX:

IX - A intervenção do Estado na produção econômica verifica-se somente quando falte, ou seja, insuficiente a iniciativa privada, ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado. Esta intervenção pode assumir a forma quer de controle, de encorajamento ou de gestão direta (CARTA DEL LAVORO, 2008).

Ora, de acordo com a carta italiana o intervencionismo estatal é somente suplementar à iniciativa privada. Tal diretriz não coaduna com a política intervencionista brasileira, que,

29 “O Brasil não incorporou em seu Direito a integralidade do Direito Corporativo Italiano. Mas nele se inspirou, a partir da Revolução de 1930; as marcas continuam ainda na Constituição de 1988. Nem tudo que veio do fascismo é pernicioso, nem o fascismo criou o Direito. Ele fez uso político de certos institutos para afeiçoá-los aos seus propósitos políticos. E é esse uso que merece reprovação – por exemplo, o Poder Normativo” (LINARES, 2006, p. 8).

contrariamente à *Carta del Lavoro*, que incumbe ao Estado uma administração pública dos conflitos Capital-Trabalho pelo Estado. Então, conjuntamente com o mercado autoritarismo visualiza-se a ideologia do positivismo político que se perfaz pelo normativismo. O positivismo trabalha com um normativismo que atribui ao ordenamento jurídico um papel essencial no seu intervencionismo, pois a norma expressa tanto a garantia da ordem como direciona ao progresso. No positivismo comteano, defende-se uma tutela dos operários pela sua dependência, sem, contudo, interferência no conflito de classe, uma assistência aos carentes como medida de dignificar a pobreza via eliminação da miséria, mas continuidade da mais-valia.

Revela-se sintomática da índole positivista da CLT, o trecho final do seu artigo oitavo³⁰ que expressamente determina “que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. Ou seja, um interesse público subjaz os interesses corporativos, caracterizando um sistema mais positivista-autoritário do que efetivamente corporativista. Assim, o autoritarismo do Direito do Trabalho conforma-se como resultado mais de um positivismo de Comte³¹ do que de um padrão corporativista ou fascista.

6. SINDICALISMO E DITADURA MILITAR

Sob o signo do autoritarismo, urge desenterrar a emblemática e sutil modificação em matéria sindical que é, lamentavelmente, ignorada pelos livros de Direito do Trabalho. No período da Ditadura Militar de 1964 a 1987, a manualística

30 “Art. 8º - 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”.

31 Ideia levantada pela Professora Doutora Aldacy Rachid na disciplina História do Mercado e Trabalho.

apenas registra a conhecida perseguição política, mediante intervenção nos sindicatos, com destituição de diretores, prisões e cassações de direitos, bem como a legislação restritiva³², quase proibitiva, do direito de greve. Silencia-se que a eficácia *erga omnes* — que corresponde à extensão vantagens pactuadas na negociação coletiva para trabalhadores não filiados ao sindicato — das normas coletivas foi obra da Ditadura Militar.

O sindicalismo brasileiro tem história, inicialmente, comparável, a grosso modo, à Europa até a década de 1930. A partir da abertura dos portos e incipiente industrialização do país, começa a despontar as ações sindicais no Brasil, especialmente com a chegada dos imigrantes, muitos com vivência sindical e anarquista em seus países de origem. Registre-se a greve dos Tipógrafos de 1858 no Rio de Janeiro, tida como a primeira paralisação no país; a greve dos Caixeiros em 1886; a grande greve geral de 1919. Deste modo, surgem as organizações operárias, tais como a Liga Operária em 1970, a União Operaria em 1886, a Confederação Operária Brasileira em 1920 e o Partido Operário em 1902. Não obstante tais primórdios de ação sindical urbana, a primeira lei sindical dirigiu-se somente aos sindicatos rurais³³, sob o pretexto de que a maioria da população ainda residia na zona rural.

Com o governo Vargas inicia-se a política de cooptação e aniquilação dos sindicatos³⁴, via sistema positivista-autoritário para as relações de trabalho. Desde o Decreto 19.770/1931, que regulamentou os entes sindicais, verifica-se que a disciplina

32 Ver Lei 4.330/64, Constituição de 1967 e Decreto-Lei 1632/78.

33 “A história do sindicalismo no Brasil apresenta aspectos interessantes e paradoxais. A iniciativa de instituição de sindicatos coube aos patrões (ou proprietários) e partiu da área rural, enquanto o habitual seria terminar por ela. A história de outros países demonstra que o setor empresarial é, geralmente, o último a sensibilizar-se, só fazendo em contraposição à organização e movimentação dos trabalhadores” (ABREU, 2005, p. 21).

34 “O Movimento sindical brasileiro, iniciado espontaneamente, foi interrompido em 1930, passando a ser comandado de cima para baixo, do Governo para o povo. O movimento espontâneo de autoproteção foi morto e substituído pelas concessões do poder público, sem o sabor das conquistas” (ABREU, 2005, p. 75).

legal “tinha objetivo inequívoco, embora não confessado, de desmobilizar o avanço das lutas operárias” (ARRUDA, 2007, p. 52). No breve lapso democrático-social da Constituição de 1934, a política de cooptação recua em favor da pluralidade sindical³⁵, consagrada na Carta Magna, embora não posta em prática.

Retomada a matiz autoritária em 1935, constata-se que a Constituição de 1937 que sinalizava para a eficácia *erga omnes* das normas coletivas, consoante artigo 137, a, que dispunha:

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

a) **os contratos coletivos de trabalho** concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, **serão aplicados a todos os empregados**, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam; (BRASIL, a, 2008) (grifos nossos).

Mesmo a Constituição sugerindo a eficácia das normas coletivas foi regulamentada pela CLT, artigo 612, que restringia a aplicabilidade das convenções exclusivamente aos associados, *ex vi*:

Art. 612. O contrato coletivo, celebrado nos termos do presente capítulo, **aplica-se aos associados dos sindicatos convenientes**, podendo tornar-se extensivo a todos os membros das respectivas categorias, mediante decisão do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. [redação anterior ao Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967] (BRASIL 2008) (grifos nossos).

35 “Em 12 de julho de 1934, quatro dias antes da promulgação de Nova Constituição, foi assinado o Decreto n. 24.694 permitindo a pluralidade sindical. Entretanto foi mantido o conceito de categoria [...] Em decorrência da pluralidade sindical, as convenções coletivas seriam aplicadas apenas aos associados do sindicato” (ABREU, 2005, p. 35).

A eficácia exclusiva para associados não coadunava com um sistema autoritário e corporativo, pois estimulava a associação de trabalhadores e um decorrente fortalecimento e combatividade do sindicato. Nesse sentido, Oliveira Viana defendia a vinculatividade aos não-associados, pois, nas palavras de Evaristo de Moraes Filho “de acordo com a lógica do sindicato único, com as origens italianas (corporativas) da Carta de 1937. Se o sindicato era único, se recebia imposto sindical de toda a categoria, não havia por onde não lhe dar poder normativo inicial e primário” (*apud* ROMITA, 2001, p. 86).

Destarte, a consagração do viés autoritário e aniquilador do movimento sindical proveio de uma sutil alteração legislativa em 1967 pelo Decreto-lei nº 229, que estabelecia:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho **aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho** [Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967] (BRASIL, 2008).

Ora, a extensão de vantagens normativas para os não-associados implica uma política nítida de desestímulo à sindicalização. Isto porque a não diferenciação entre associados e não associados — que têm idênticos direitos, embora deveres distintos, recaindo mais contribuições sindicais sobre os associados — resultaria, como ocorre atualmente, no incentivo a não filiação. Configura-se perspicaz política legislativa autoritária que enfraquece o sindicato para valorizar o Estado.

A ausência do debate sobre as implicações do Decreto-lei nº 229/67 no Direito Coletivo do Trabalho produz graves complicações na análise da liberdade sindical atual. Tão situação se agrava em razão da atual Orientação Jurisprudencial nº 17 do

Tribunal Superior do Trabalho³⁶ que, a título de defender a liberdade sindical individual, revigora a política de enfraquecimento dos sindicatos, quando ao tempo que isenta o trabalhador não-filiado das contribuições sindicais, assegura-lhe os mesmos direitos do filiado, tornando economicamente desaconselhável a filiação.

7. CONCLUSÕES

Percorridos alguns dos episódios e questões não enfrentados pela história oficial do Direito do Trabalho, pode-se inferir certas conclusões de ordem historiográfica e sobre o próprio Direito do Trabalho.

Perante as reflexões críticas trazidas pela historiografia, verifica-se a urgente necessidade de uma história-problema — ou problematização das narrativas — que se proponha a contestar o positivismo histórico-jurídico na investigação do Direito do Trabalho. Enfim, trata-se de superar a história enquanto cronologia de leis em direção ao progresso do contrato de emprego.

De outro lado, impõe-se o afastamento do lugar comum no qual estão as assertivas de que o Direito do Trabalho nacional é fascista, corporativo, cópia da *Carta del Lavoro*, para enfrentar, com convicção, a influência do positivismo político na implementação e consolidação do sistema trabalhista.

Deste modo, o positivismo histórico e político se apresenta, com intensidade, como racionalidade delineadora do Direito do Trabalho e de sua história. Cumpre, adiante, investigar, criticar e verificar as ideias acima esboçadas no intento de refazer a história do Direito do Trabalho sob outros ângulos e olhares

36 OJ 17 – SDC/TST: Contribuições para entidades sindicais. Inconstitucionalidade de sua extensão a não associados. As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.

para, compreendendo melhor o passado, entender e transformar o presente.

8. REFERÊNCIAS

ABREU, Osmani Teixeira. **As relações de Trabalho no Brasil a partir de 1824**. São Paulo: LTr, 2005.

ARRUDA, Hélio Mário de. **Oliveira Vianna e a Legislação do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2007.

BANHOZ, Rodrigo Pelais e FACHIN, Luiz Edson. **Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo**. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Diálogos sobre o Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BIAVASCHI, Magda. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942: a Construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

BLOCH, Marc. **Introdução à história**. Trad. Maria Manuel Miguel e Rui Castro. Coleção Saber - Publicações Europa-América. Lisboa: Gráfica Imperial, 1965.

BRASIL. **Decreto 5254/43 - Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 jan. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 10 jan. 2008.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989): a Revolução Francesa da Historiografia**. Tradução de Nilo Odalia. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, 153 páginas.

CARTA DEL LAVORO. Disponível em: <http://www.fetropar.org.br/Download/CARTA%20DEL%20LAVORO.doc>. Acesso em: 30 jan. 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Perseu Abramo, 2000.

COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado: dilemas e instrumentos da historiografia**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª Ed São Paulo: LTr; 2005.

FEBVRE, Lucien. **Combates pela história**. 2ª Ed. Trad. Leonor Martinho Simões e Gisela Moniz. Lisboa: Editorial Presença, 1985.

FIOVARANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Trad. Manuel Martinez Neira. 3ª Ed. Madrid: Trota, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 1997.

_____. **Trabalho e subordinação: uma análise histórico-jurídica**. Revista Trabalhista (Rio de Janeiro), v. XIX, p. 295-309,

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª Ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. **In História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **El orden jurídico medieval**. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, 1996.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica Européia: síntese de um novo milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LINARES, Rodrigo Adélio. **O movimento fascista e a CLT – conclusões a partir do exame da obra “O Fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro”, de Arion Sayão Romita**. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdência Social na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006.

LOPES, Luciano Santos. **A metodologia da história nova aplicada ao estudo do Direito**. Monografia conclusiva da disciplina História do Direito ministrada pela Professora Miracy Barbosa, no Programa de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da UFMG.

KIRDEIKAS, João Carlos Vieira. **A Formação do Mercado de Trabalho no Brasil: uma Análise da Legislação Sobre Locação de Serviços no Século XIX**. In <http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/A23.pdf> acesso em 21/01/2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas; 2004.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. **Justiça do Trabalho e Mercado de Trabalho: Interação entre o Poder Judiciário e a Regulação do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2007.

ROJAS, Carlos Antonio Aguirre. **Os Annales e a historiografia francesa: tradições críticas de Marc Bloch a Michel Foucault**. Trad. Jurandir Malerba. Maringá: Universidade Estadual do Maringá, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **O fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira**. São Paulo: LTr; 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 3.º ed. Porto: Editora Cortês, 1998;

SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas; ...[et al.]. **Instituições de Direito do Trabalho**. Volume 1. 22 Ed. São Paulo: LTr, 2005.

RACISMO ESTRUTURAL E REPARAÇÃO CIVIL: NOVOS RUMOS PARA VELHAS QUESTÕES

RODOLFO PAMPLONA FILHO¹
LAÍSLA CARLA DE CARVALHO SILVA²

1 Juiz Titular do Trabalho do TRT 5ª Região. Professor Titular do Curso de Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS - Universidade Salvador e Professor Associado IV da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e ex-Presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

2 Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Master of Laws (LL.M Business Law in Global Context) pela Université de Montréal/Canadá

1 INTRODUÇÃO

A adaptação a novas realidades é um exercício cíclico para o Direito que se molda continuamente às transformações sociais. Assim, pensar o futuro do Direito é antever desafios, soluções e tendências a partir das celeumas presentes ou iminentes.

Guiando-se por essa premissa, a análise aqui proposta vislumbra o futuro do Direito Civil ante a intensificação do debate acerca do racismo estrutural e crescente clamor social pelo seu enfrentamento. O ano de 2020 é assinalado como marco temporal da ampliação desse debate, pois foi palco de densa cobertura jornalística de casos emblemáticos de racismo e, principalmente, porque esses casos geraram uma onda de protestos e ações que conferiram novo alcance à pauta antirracista.

Para oferecer fundamento à afirmação de atualidade e progressão do interesse pelo tema, a título de amostragem e, portanto, sem pretensão exauriente, serão apresentados, neste trabalho, episódios recentes de racismo e seus desdobramentos, bem como iniciativas populares e institucionais de combate a essa prática.

Uma vez demonstrada a ampliação do debate sobre o racismo estrutural, ponderar-se-ão os efeitos desse processo sob as demandas de reparação civil, notadamente as que versam sobre indenização por danos morais, tendentes ao crescimento em volume e complexidade.

Conquanto se reconheça o dever de esforço conjunto dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no combate ao racismo, destacar-se-á o papel do Judiciário na aplicação do Direito, com ênfase nos desafios a serem enfrentados para a oferta de uma tutela jurídica adequada e alinhada ao novo cenário que se desenha em torno de velhas reivindicações.

2 RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Conforme elucidação esculpida por Silvio Luiz de Almeida, o racismo é uma “forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento”³. Adjetiva-se essa prática como estrutural, porque o racismo se relaciona com a estrutura social sem representar traço de anomalia, naturalizando-se como elemento de conformação das relações políticas, econômicas e sociais. Sob a perspectiva estrutural, compreende-se o racismo como processo político, na medida em que é esta a natureza do poder que oferece ao grupo racial privilegiado meios para impor a discriminação sistemática aos grupos raciais desfavorecidos, e como processo histórico, na medida em que a dinâmica do racismo reflete particularidades próprias da formação social de cada Estado.⁴

A formação social brasileira foi marcada por um regime escravocrata, arrimado na objetificação, exploração e subalternização de povos negros. Nesse momento histórico, o racismo já era um fator presente na sociedade em formação e funcionava como elemento legitimador das práticas próprias do escravismo colonial, a exemplo do tráfico negreiro e da submissão a trabalhos forçados, maus-tratos e castigos físicos aos indivíduos escravizados. A desumanização do negro autorizava a sua redução à condição de mercadoria, bem como a exploração de sua força de trabalho.

A despeito da abolição formal da escravatura, em 1888, as bases da estratificação social já estavam delineadas e associadas à categorização racial. Os projetos políticos que sucederam a esse marco não conduziram a sociedade brasileira em outra direção, e a experiência da vida em comunidade assumiu uma feição própria para a parcela negra da população, a qual acumula

3 ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 25

4 ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 38, 42 e 43.

desvantagens de ordem política, econômica e social. O racismo abrigou-se de tal forma na sociedade brasileira, que resistiu até mesmo à ruína da ideia de raças humanas como classificação revestida de cientificidade.

Após a Segunda Guerra, a comunidade científica foi tomada pela aversão à atribuição de identidades raciais, em razão do uso desse critério pelo regime nazista para identificação de alvos a serem perseguidos e violentados.⁵ Com efeito, desde o mapeamento do genoma humano, comprovou-se que a sequência base do DNA dessa espécie possui variabilidade diminuta e alheia às classificações raciais disseminadas⁶, o que implica ausência de fundamento científico para subdivisão da espécie humana em raças.

Contudo, a afirmação de inexistência de raças humanas, ainda que correta sob o ponto de vista científico, dissona da realidade. O racismo é um fenômeno concreto e o uso de critérios de raça para distinção de grupos humanos lhe é um pressuposto. Assim, negar a existência da raça como constructo artificial de base histórica, política e social, tem como resultado necessário a invisibilização do racismo. Nessa esteira de reflexões, assim sintetiza Ronald Dworkin:

Temos, todos nós, inteira razão ao desconfiarmos das classificações por raça. Elas têm sido usadas para negar, em vez de respeitar, o direito à igualdade, e todos nós estamos conscientes da injustiça que daí decorre. Mas se entendermos mal a natureza dessa injustiça, ao não estabelecermos as distinções simples que são necessárias para seu entendimento,

5 GUIMARÃES, Antonio S. A. Como trabalhar com “raça” em sociologia. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v.29, n.1, p. 93-107, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ep/v29n1/a08v29n1.pdf>. Acesso em 15 mar. 2021, p. 95-96.

6 BOVE, Lorenza Coppola. *Cómo los huesos acabaron con las razas humanas*. The conversation, 2 de Jul. 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/como-los-huesos-acabaron-con-las-razas-humanas-141222>. Acesso em: 28 abr. 2021.

estaremos correndo o risco de cometer ainda mais injustiças.⁷

Por sua vez, no mesmo sentido, esclarece Kabengele Munanga:

O nó central do problema não é raça em si, mas sim as representações dessa palavra e a ideologia dela derivada. Se até o fim do século XIX e início do século XX, o racismo dependeu da racionalidade científica da raça, hoje ele independe dessa variante biológica.⁸

O Supremo Tribunal Federal (STF) aderiu a essa concepção, sustentando, em mais de uma oportunidade, o reconhecimento da raça como um constructo político-social. Essa premissa lastreou a ampliação do rol de grupos passíveis de proteção sob a Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Através do julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS⁹, em 2004, essa proteção foi estendida à comunidade judaica e, em 2020, às vítimas da transfobia e homofobia, no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF¹⁰.

Conforme aduz Humberto Bersani, “as raças existem em função do racismo enquanto ideologia”¹¹. Esse é um dado fundamental à compreensão da estrutura e funcionamento da sociedade brasileira na qual se evidencia a marginalização dos

7 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 369.

8 MUNANGA, Kabengele. Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo. Cadernos Penesb, Niterói, n. 12, p. 169-203, 2010. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12590172/cadernos-penesb-12-uff>. Acesso em: 28 abr. 2021, p. 193.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/ 03/2004.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, DJ 06/10/2020.

11 BERSANI, Humberto. Racismo estrutural e direito à desestratificação: um estudo a partir das relações de trabalho. Belo Horizonte: Casa do Saber, 2020, p. 60.

grupos racialmente discriminados e o conseqüente paralelismo entre desigualdade racial e desigualdade social. Muitos são os dados estatísticos que ilustram tal realidade e, a título de exemplo, elucida-se que os negros menores índices de escolaridade, renda e representação política e, também, os maiores índices de desemprego e subocupação laboral¹². Ler esses dados como manifestações do racismo estrutural é crucial para o enfrentamento da questão em seu âmago e, conforme será demonstrado, essa tomada de consciência está em expansão, de forma tardia, porém ainda necessária.

3 A AMPLIAÇÃO DO DEBATE ACERCA DO RACISMO ESTRUTURAL

Seguramente, a luta contra o racismo não teve início recente e muito — senão tudo — do progresso que se teve nessa seara até o momento é resultado dos movimentos antirracistas. Assim, sem deixar de perceber e reverenciar as realizações que precederam o ano de 2020, reconhece-se neste marco temporal um cenário de especial ampliação do debate sobre o racismo estrutural, em razão da notoriedade galgada pelo tema nas discussões e ações populares, bem como na mídia e no âmbito dos órgãos internacionais, das igrejas, das instituições públicas e privadas, enfim, no mundo.

Em maio de 2020, ganhavam as manchetes dos principais jornais de todo o mundo a notícia do assassinato de George Floyd, ocorrido na cidade estadunidense de Minneapolis. A vítima, morta por asfixia durante uma abordagem policial, era um homem afro-americano e as condições de sua morte intensifi-

12 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Estudos e Pesquisas - Informação Demográfica e Socioeconômica n.41. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em 30 abr. 2021.

caram a problematização do racismo estrutural e, especialmente, da violência policial perpetrada contra a população negra. Apesar da precedência de episódios semelhantes, o assassinato de Floyd repercutiu de tal forma que se tornou emblemático e catalisou uma sucessão de protestos ao redor do mundo. Nesse contexto, ganhou especial visibilidade o movimento *Black Lives Matter*, indicado ao Prêmio Nobel da Paz em 2021.

O referido episódio provocou, ainda, a reação de diferentes instituições, induzindo desde o pronunciamento de líderes religiosos, a exemplo do Papa, até a mobilização do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que, ao retomar sua 43ª sessão, em Genebra, pautou o debate em torno do racismo e da violência policial. Assim, observou-se gradual ampliação do interesse e discussão sobre o tema, disseminando-se, na mídia e na Academia, termos que, algum tempo, estiveram mais restritos aos núcleos de militância, como “racismo estrutural”, “racismo institucional”, “racismo recreativo”, “necropolítica”, “interseccionalidade”, “discriminação indireta” entre outros.

O Brasil não permaneceu alheio à ampliação desse debate. Em Agosto de 2020, a pesquisa pelo termo “racismo”, na plataforma Google, atingiu níveis recordes no país¹³. Além de repercutir a polêmica internacional, o Brasil concentrou seu foco na atuação policial em seu território, bem como nas outras formas de manifestação do racismo estrutural. Esse processo, aliás, vem desvelando o racismo ocultado em manifestações menos óbvias, nas quais o critério racial não é anunciado, mas integra o cerne da ocorrência.

Sem o desenvolvimento desse olhar mais sensível e apurado, casos como o de Miguel Otávio, João Pedro e de João Alberto, ocorridos em 2020, não seriam lidos como manifestações de

13 BERNARDES, Thais. Google: Pesquisa por racismo quadruplica no mês de agosto e bate recorde. *Notícia Preta*, 07 set. 2020. Disponível em: <https://noticiapreta.com.br/google-pesquisa-por-racismo-qua-duplica-no-mes-de-agosto-e-bate-recorde/>. Acesso em 28 abr. 2021.

racismo. Miguel Otávio, criança negra de cinco anos, não resistiu ao cair de um edifício em Recife. A vítima fora deixada pela mãe, empregada doméstica, aos cuidados da patroa que, conforme dados da perícia¹⁴, o abandonara no elevador do prédio, após pressionar o botão que o conduzia à cobertura. João Pedro Mattos Pinto, jovem negro de 14 anos, foi morto a tiros durante uma operação policial, em São Gonçalo (RJ). E João Alberto, homem negro de 40 anos, foi espancado até a morte, na véspera do Dia da Consciência Negra, por seguranças de uma grande rede de supermercados, no interior de uma de suas unidades mercantis, em Porto Alegre. Nesses casos, como em muitos outros, a tensão racial somente pode ser percebida a partir da compreensão de que o racismo dá forma às relações sociais.

Esses episódios, entre outros ocorridos em 2020, ganharam destaque da mídia e repercutiram na intensificação do debate sobre o racismo estrutural no Brasil, desencadeando ações do Ministério Público, Defensorias Públicas, Tribunais, Casas Legislativas, órgãos de classe, instituições privadas etc.

O Poder Legislativo, de igual modo, voltou o olhar à temática e o Congresso Nacional aderiu à discussão em destaque. Em Dezembro de 2020, a Câmara dos Deputados aprovou, por maioria qualificada, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, aprovada, em igual condição, também pelo Senado, posteriormente.¹⁵ Em Janeiro de 2021, a Câmara inaugurou, ainda, um grupo de trabalho, composto por vinte juristas negros e presidido pelo Min. Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o escopo de produzir instrumentos para conter o encarceramento em massa da população negra, a vio-

14 G1 PE e TV GLOBO. Caso Miguel: Laudo pericial aponta que ex-patroa apertou botão do elevador para a cobertura de prédio. G1 PERNAMBUCO, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/06/30/caso-miguel-laudo-pericial-aponta-que-ex-patroa-apertou-botao-do-elevador-para-a-cobertura-de-predio.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

15 A Convenção foi ratificada e depositada em Maio de 2021, quase oito anos após a assinatura.

lência policial e violências que interseccionam racismo e outras formas de discriminação.¹⁶

O Poder Judiciário não ficou adstrito a iniciativas desenvolvidas em parcerias e protagonizou ações autônomas, como o 4º Encontro Nacional de Juízas e Juizes Negros (ENAJUN) e 1º Fórum Nacional contra o Racismo e todas as formas de Discriminação (FONAJURD), ambos premiados e ocorridos em 2020. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, realizou, em Agosto de 2020, uma reunião pública virtual, com a temática “Igualdade Racial no Judiciário”, visando a construção de políticas judiciárias voltadas à promoção da igualdade racial.

Em 2020, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), paralelamente à contínua atuação das Comissões de Promoção da Igualdade Racial, realizou diversos ciclos de palestras e eventos online voltados à temática. No mesmo ano, o Conselho Federal aprovou a Resolução 5/20, que alterou o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem (art. 131)¹⁷, para prever a aplicação imediata de cota racial de 30% na composição das chapas que concorreram às eleições para preenchimento dos cargos de diretoria do Conselho Federal, do Conselho Seccional, da Caixa de Assistência dos Advogados e das Subseções, dos conselheiros federais, conselheiros seccionais e dos conselheiros subseccionais.

16 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Grupo de trabalho discute nesta quinta-feira criminalização do racismo. Agência Câmara de Notícias, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/751969-grupo-de-trabalho-discute-nesta-quinta-feira-criminalizacao-do-racismo/>. Acesso em 28 abr.2021.

17 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Regulamento Geral do Estatuto da Ordem e da OAB, de 06 novembro de 1994. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoab/regulamentogeral.pdf>. Acesso em 30 abr. 2021.

- A. No âmbito do Ministério Público, destaca-se o Movimento Afro Presença¹⁸, cuja primeira edição ocorreu entre Setembro e Outubro de 2020 e foi realizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em parceria com o Pacto Global da Organização das Nações Unidas. O evento propunha um encontro virtual com a participação do Poder Público, do setor privado e de organizações nacionais e internacionais com o objetivo de gerar uma rede de prevenção e combate à discriminação racial nas relações de trabalho, bem como de valorização da diversidade racial nos espaços empresariais. Merece relevo, ainda, o Grupo de Trabalho Interinstitucional contra o Racismo na Atividade Policial, instituído pelo Ministério Público Federal (MPF), para identificar e combater práticas de racismo institucional no âmbito das forças de segurança pública federais e fomentar o debate público sobre essa questão.¹⁹

Os Ministérios Públicos Estaduais também realizaram campanhas, estudos, programas e eventos visando assumir posição no combate ao racismo. A título de exemplo, em 2020, o Ministério Público da Bahia (MP/BA) criou um grupo de trabalho para elaboração de um programa de enfrentamento ao racismo institucional, voltado para seu próprio quadro profissional.²⁰

18 MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Afro presença. Disponível em: <https://afropresenca.com.br/>. Acesso em 30 abr. 2021.

19 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF abre vagas para formação de Grupo de Trabalho Interinstitucional contra o Racismo na Atividade Policial, 22 fev. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-abre-vagas-para-formacao-de-grupo-de-trabalho-interinstitucional-contra-o-racismo-na-atividade-policial>. Acesso em 28 abr. 2021.

20 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. MP/BA trabalha na elaboração de um plano de combate ao racismo institucional, 22 mar. 2021. Disponível em <https://www.mpba.mp.br/noticia/56367>. Acesso em 28 abr. 2021.

Existiram também iniciativas por parte das instituições privadas, sendo a de maior repercussão a edição do programa de trainees da Magazine Luiza, dedicada exclusivamente à contratação de candidatos negros. Conquanto a constitucionalidade das ações afirmativas seja matéria já pacificada, o programa gerou debates e ensejou o ajuizamento de ação civil pública, com tutela de urgência, no bojo da qual a Defensoria Pública da União (DPU), lamentavelmente, requereu a condenação da rede varejista ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em razão de suposta discriminação contra candidatos não-negros.

Os fatos enunciados, ao lado de outros tantos ocorridos no ano de 2020, demonstram a pujança do debate racial, sinalizando um momento propício à ampliação da demanda social por mudanças nesse âmbito. A problematização do racismo estrutural, aliada a novas ferramentas de enfrentamento a essa prática, tende a despertar maior consciência da injustiça e dos malefícios perpetrados por condutas, até então, socialmente toleradas, a exemplo do racismo recreativo — política cultural característica da sociedade brasileira que expressa hostilidade racial através do humor.²¹

3. RACISMO ESTRUTURAL E REPARAÇÃO CIVIL

A desnaturalização das manifestações do racismo estrutural faz crescer o repúdio a essas condutas, o que é externado, entre outras formas, através da judicialização. O Direito é contemporizador de tensões sociais, logo o Poder Judiciário, ao qual cabe interpretar e aplicar o direito, vem sendo desafiado a desempenhar uma função cada vez mais profícua no combate ao racismo, oferecendo respostas às demandas concretas de

21 MOREIRA, Adilson. Racismo recreativo. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 115.

modo a contemplar, na mais elevada medida, a efetividade dos valores constitucionais.

A responsabilidade civil requer atenção nesse contexto, pois as condutas que refletem o racismo estrutural têm grande potencial para gerar danos, notadamente de ordem moral. Isso porque tais condutas quase sempre resultam em prejuízo ou lesão a direitos de conteúdo não pecuniário e impassível de redução a pecúnia, por meio de transação comercial, como são os direitos da personalidade²². O racismo, conforme o meio e circunstâncias através dos quais é praticado, pode macular a integridade física, moral e psíquica das vítimas, dando origem a danos indenizáveis.

Ademais, o racismo atinge uma coletividade, pelo que não se olvida seu potencial para configuração de dano moral coletivo que se caracteriza, conforme entendimento do STJ²³, quando o fato transgressor goza razoável significância e gravidade, desafiando os limites da tolerabilidade e infligindo sofrimento, intranquilidade social e tribulações à ordem extrapatrimonial coletiva. Observe-se que a tolerabilidade é um limiar variável, que, em relação a condutas racistas, está em processo de paulatina diminuição.

Note-se, ainda, que, assim como o *bullying*, a prática do racismo pode ensejar a configuração de dano existencial, entendido como “dano a um projeto pessoal, que causa ‘vazio existencial’ (perdas de relações sociais, familiares, etc.) impedindo o sujeito de se comportar ou agir de acordo com os seus sentimentos e expectativas”²⁴. Com efeito, a construção dos projetos pessoais dos indivíduos negros na sociedade brasileira é continuamente obstruída pelo racismo.

22 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil V. 3: Responsabilidade Civil. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 102.

23 STJ, REsp 1221757/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 10-2-2012.

24 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil V. 3: Responsabilidade Civil. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 104 e 105

Do quanto já exposto, conclui-se que o racismo gera danos e compete ao Direito Civil impor as reparações correspondentes. Diferentemente, entretanto, do que pode parecer à primeira vista pela simplicidade dessa dedução, esta não é uma tarefa fácil.

Um dos grandes desafios que se impõe ao Direito Civil é que, na maioria dos casos, o racismo se extrai das circunstâncias, não sendo necessariamente a motivação racial anunciada por quem pratica a conduta da qual decorre o dano. Em verdade, na sociedade brasileira, o racismo enraizou-se de maneira tal, que atravessou a construção da subjetividade dos indivíduos, fazendo com que, muitas vezes, a reprodução de condutas racistas seja inconsciente, o que não elimina o dever de reparação. Assim, é necessário ao operador do direito esforço interpretativo para desvelar as formas menos óbvias de racismo a partir de uma compreensão contextualizada, pautada em uma leitura histórica, estrutural e institucional.

Um olhar sistêmico é essencial à punição da discriminação indireta, caracterizada quando “um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico”²⁵. Essa forma de discriminação é especialmente nociva, porque oculta o critério racial, quando não o trata como reflexo natural e inevitável, favorecendo discursos que conduzem à impunidade.

A título ilustrativo, vislumbra-se uma análise exitosa do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no julgamento do Recurso de Revista nº 1000390-03.2018.5.02.0046 — caso de responsabilidade civil por prática de discriminação indireta no ambiente de

25 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em 30 dez. 2021.

trabalho. A recorrente narrou discriminação em razão da edição pela empregadora de um guia institucional de padronização que não contemplava a estética de funcionários negros, o que fazia com que seus superiores hierárquicos se sentissem autorizados a censurar o uso de cabelo Black Power. Nessas circunstâncias, assim decidiu o Tribunal:

[...] I - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **Consoante se infere do acórdão do Tribunal Regional, a reclamada possui um guia de padronização visual para seus empregados, no qual não constam fotos de nenhum que represente a raça negra.** Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada exclusivamente na cor da pele, raça, nacionalidade ou origem étnica pode ser considerada discriminação racial. **No caso, a falta de diversidade racial no guia de padronização visual da reclamada é uma forma de discriminação, ainda que indireta, que tem o condão de ferir a dignidade humana e a integridade psíquica dos empregados da raça negra, como no caso da reclamante, que não se sentem representados em seu ambiente laboral. Cumpre destacar que no atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, toda a forma de discriminação deve ser combatida, notadamente aquela mais sutil de ser detectada em sua natureza, como a discriminação institucional ou estrutural, que ao invés de ser perpetrada por indivíduos, é praticada por instituições, sejam elas privadas ou públicas, de forma intencional ou não, com o poder de afetar negativamente determinado grupo racial.** É o que se extrai do caso concreto em exame, quando o guia de padronização visual adotado pela reclamada, ainda que de forma não intencional, deixa de contemplar pessoas da raça negra, tendo efeito negativo sobre os empregados de cor negra, razão pela qual **a parte autora faz jus ao pagamento de indenização por danos morais**, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Recurso de revista conhecido e provido.

Com igual acerto, procedeu a 21ª Vara do Trabalho de Recife no julgamento de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, ante a morte de Miguel Otávio, contra os empregadores da genitora da vítima, pleiteando indenização por dano moral coletivo. Entre os fundamentos da ação estava a discriminação que permeia as relações de trabalho doméstico e os fatos indicativos de racismo estrutural. Em resposta, o juízo de primeiro grau deferiu o pleito do Parquet e, na decisão, delineou paralelos entre o tratamento atualmente dispensado às empregadas domésticas e aquele atribuído aos escravos domésticos nos tempos de escravismo colonial; ademais, consignou: “não teria a ré o mesmo comportamento com o menor Miguel se ao seu lugar estivesse um parente ou filho de mesma idade de uma de suas amigas”²⁶. A decisão, embora passível de recurso, ilustra, com acerto, esforço interpretativo para identificar o racismo estrutural onde ele, de fato, existe, ainda que não anunciado.

Outro aspecto desafiador para o Poder Judiciário é o necessário combate ao racismo em sua própria estrutura institucional. A escassez da ocupação de espaços de poder por pessoas negras compromete o enfrentamento ao racismo na medida em que impede esse grupo de contribuir para a tomada de decisões, imprimindo sua perspectiva e necessidades nesse processo. Um Judiciário cuja composição observa a diversidade racial permite uma análise mais plural das tensões raciais que atravessam as relações sociais, tendendo à construção de soluções mais acertadas.

Por fim, outro fator a ser contemplado pelos magistrados no tratamento de demandas de reparação civil é o domínio do crescente número de instrumentos normativos que funcionam

26 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Ação Civil Pública Cível 0000597-15.2020.5.06.0021 (Sentença). Data de publicação: 16/03/2021.

como fontes de direito em matéria étnico-racial. Nesse sentido, a título ilustrativo, os municípios vêm envidando esforços para aprovar estatutos municipais de igualdade racial (a exemplo de Salvador que o aprovou em 2019), e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância tem avançado no processo de ratificação.

4 CONCLUSÃO

O racismo se naturalizou na sociedade brasileira mesmo constituindo prática atentatória à dignidade humana, à igualdade e à cidadania e à concretização dos objetivos do Estado, quais sejam: a construção de uma sociedade livre justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos; e a garantia do desenvolvimento nacional.²⁷ O combate ao racismo através da imposição de reparação civil é, portanto, uma medida de compatibilização do Direito Civil com a Constituição.

Por ser danoso em essência, o racismo precisa ser observado sob a perspectiva da responsabilidade civil, em relação à qual se vislumbra um futuro desafiador, sobretudo em vista da tendência de crescimento do volume e complexidade das demandas judiciais desse viés. Assim, sintetizam-se, ao menos, três grandes desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário nessa seara: o esforço interpretativo demandado para identificar e combater, mediante fundamentação, as formas menos óbvias de racismo; a necessidade de domínio de um número crescente de fontes normativas pátrias e internacionais sobre a matéria e a promoção da diversidade racial na composição do Poder Judiciário.

27 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

O enfrentamento desses desafios reverbera não apenas na observância da Constituição e concretização de seus propósitos, mas também na forma como o Estado brasileiro se posicionará em relação à comunidade internacional na qual o racismo estrutural tem se tornado uma preocupação crescente. O fracasso interno na condução dessa demanda, inclusive por falha na concessão das reparações cabíveis às vítimas, tende a culminar em censuras e condenações perante as cortes internacionais, notadamente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Condutas racistas ofendem bens jurídicos de elevada importância, por vezes, até mesmo o tão essencial direito à vida. Ante os danos decorrentes disto, a reparação civil se apresenta como caminho para a compensação da vítima e a punição do ofensor, bem como promover o desencorajamento social da conduta lesiva²⁸.

Assim, o Direito Civil desempenha relevante função nas transformações sociais em ebulição e deve vislumbrar o futuro guiando-se pelo bom cumprimento da difícil tarefa que lhe cabe.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BERSANI, Humberto. **Racismo estrutural e direito à desestratificação: um estudo a partir das relações de trabalho**. Belo Horizonte: Casa do Saber, 2020.

BERNARDES, Thais. **Google: Pesquisa por racismo quadruplica no mês de agosto e bate recorde**. Notícia Preta, 07 set. 2020. Disponível em: <https://noticiapreta.com.br/google-pesquisa-por-racismo-quadruplica-no-mes-de-agosto-e-bate-recorde/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BOVE, Lorenza Coppola. **Cómo los huesos acabaron con las razas humanas. The conversation, 2 Jul.** 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/como-los-huesos-acabaron-con-las-razas-humanas-141222>. Acesso em 28 abr. 2021.

28 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil V. 3: Responsabilidade Civil. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 74

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, DJ 06/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Ação Civil Pública Cível 0000597-15.2020.5.06.0021** (Sentença). Data de publicação: 16/03/2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Grupo de trabalho discute nesta quinta-feira criminalização do racismo**. Agência Câmara de Notícias, 21 abr. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/751969-grupo-de-trabalho-discute-nesta-quinta-feira>

-criminalizacao-do-racismo/. Acesso em 28 abr. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

G1 PE e TV Globo. **Caso Miguel: laudo pericial aponta que ex-patroa apertou botão do elevador para a cobertura de prédio**. G1 Pernambuco, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/06/30/caso-miguel-laudo-pericial-aponta-que-ex-patroa-apertou-botao-do-elevador-para-a-cobertura-de-predio.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil V. 3: Responsabilidade Civil**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GUIMARÃES, Antonio S. A. Como trabalhar com “raça” em sociologia. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v.29, n.1, p. 93-107, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ep/v29n1/a08v29n1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Estudos e Pesquisas - Informação Demográfica e Socioeconômica n.41. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **MP/BA trabalha na elaboração de um plano de combate ao racismo institucional**, 22 mar. 2021. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/56367>. Acesso em: 28 abr. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF abre vagas para formação de Grupo de Trabalho Interinstitucional contra o Racismo na Atividade Policial**, 22 fev. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-abre-vagas-para-formacao-de-grupo-de>

-trabalho-interinstitucional-contra-o-racismo-na-atividade-policia. Acesso em: 28 abr. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Afro presença**. Disponível em: <https://afropresenca.com.br/>. Acesso em: 30 abr. 2021

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

MUNANGA, Kabengele. Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo. **Cadernos Penesb**, Niterói, n. 12, p. 169-203, 2010. Disponível em <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12590172/cadernos-penesb-12-uff>. Acesso em 28 abr. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Regulamento Geral do Estatuto da Ordem e da OAB, de 06 novembro de 1994. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/regulamentogeral.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em: 30 abr. dez. 2021.

STJ, REsp 1221757/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 10-2-2012.

DESPEDIDA COLETIVA IMOTIVADA: A INCONSTITUCIONALIDADE DA “MODERNIZAÇÃO”

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale¹

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutora pela PUC/SP, pós-doutoranda pela Universidade de Salamanca, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-2017). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora de obras e artigos jurídicos, coordenadora acadêmica da EJUD5, biênio 2021/2023, ex-professora substituta da UFRN.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de “modernizar” as normas trabalhistas, a proposta de reforma inicialmente trazida pelo Poder Executivo iguala a despedida coletiva à despedida individual, permitindo em ambas a denúncia contratual vazia; ou, em outras palavras, a consagração do pseudodireito potestativo de o empregador despedir sem motivação.

Esse artigo tem como escopo analisar a constitucionalidade do artigo 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/17, averiguando a vinculação do Estado-Legislator ao Texto Constitucional, sobretudo aos direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva de valores. Todavia, para que seja realizado tal estudo, inicialmente será elaborada reflexão acerca da eficácia do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, para, somente após, traçar o alcance da indigitada norma para fins de vinculação à confecção de normas infraconstitucionais e, por fim, perquirir a viabilidade da proposta do novo dispositivo à luz do princípio do devido processo legal.

2. AS LIBERDADES SOCIAIS

Não é incomum encontrar na doutrina classificação que apõe todos os direitos sociais no patamar de direitos prestacionais², pois estes somente passaram a fazer parte das Constitui-

2 De acordo com Abramovich e Courtis (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Direitos sociais são exigíveis. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011., p. 31), as classificações que inserem todos os direitos de liberdade como direitos de defesa e os de prestação como sociais, “estão baseadas numa visão totalmente parcial e ‘naturalista’ do papel e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a posição antiquada de um Estado mínimo que garanta exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa”.

ções com o advento do Estado Social, o que parece ser pouco acertado.

O Estado Liberal clássico fundamentava-se na concepção dos sujeitos como indivíduos, que, por serem formalmente iguais, poderiam contratar livremente, pois o próprio mercado ditava as suas regras, sempre fundadas na autonomia da vontade, que, selada por meio de vinculação contratual, figurava como verdadeira “lei entre as partes”.

Nesse contexto, ao Estado cabia tão só o afastamento das relações privadas, criando regras no sentido de assegurar às partes convenientes o livre exercício da autonomia sem limitações. Não é difícil compreender que, durante tal período, os primeiros Direitos Fundamentais, antes tidos como “naturais” — uma vez que decorrentes do jusnaturalismo, e “reconhecidos” pelas novas codificações — passaram a ser positivados também através de documentos constitucionais, que tinham como objetivo assegurar a plenitude da propriedade e do direito à liberdade e que, por conta disso, foram concebidos sob a ótica negativista do Estado, cuja missão somente consistia em assegurar a plenitude de seu afastamento das relações firmadas entre os indivíduos.

O modelo do Estado Social surge não abandonando a modelagem já posta, mas substitui o paradigma firmado com o Estado Liberal, tendo-se que este, fundado no protótipo da igualdade entre os indivíduos, na prática, gerava um abismo de desigualdade.

Com o surgimento da sociedade de massa, as necessidades também se amplificaram e o direito teve que se reinventar e, se antes se idealizava abstratamente o ser humano como formalmente igual, a realidade mostrou que a liberdade plena mais escravizava do que libertava, sendo necessária uma intervenção legislativa protetiva e “desigual” para proteger o indivíduo, ago-

ra enxergado de forma concreta, havendo uma necessidade de fixação estatal de limites para a contratação.

O Estado passa, de abstencionista, para intervencionista e, nesse cenário, a classificação dos Direitos Fundamentais, que até então eram ligados à atividade estatal negativa, evoluiu para considerar esses “novos direitos” como direitos positivos, de prestação estatal.

Se é correto afirmar que o Estado Liberal e a função estatal abstencionista não foram totalmente ultrapassadas pelo surgimento do Estado Social, não menos correto é afirmar que nem todos os direitos sociais figuram como reais direitos a prestações, sendo certo que há direitos sociais que são verdadeiros direitos de liberdade, a exemplo de boa parte do rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, como o direito ao salário mínimo; irredutibilidade do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas, ou módulo semanal de quarenta e quatro horas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; todos com previsão no artigo 7º do Texto Constitucional.

Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”³, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que

3 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 174.

tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais”.

Na doutrina de Hermano Queiroz Júnior também se encontra presente a mesma conclusão, tendo o referido autor já pontificado que, dentre os direitos sociais elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, “muitos há que não se acham contemplados dentro do grupo de direitos fundamentais à prestação, mas, ao reverso, se enquadram no grupo dos direitos de defesa, na medida em que ostentam o caráter de direitos à abstenção”⁴, citando praticamente os direitos sociais trabalhistas defensivos já aludidos ao norte.

No artigo 8º da Lei Fundamental pátria é clara a previsão de legítimos direitos de liberdade, que são o direito de greve⁵, a liberdade e autonomia sindical, embora capitulados no rol dos Direitos Sociais, demonstrando que o Legislador Constituinte não discrepou entre colocar direitos prestacionais e de liberdade no capítulo dos Direitos Sociais do trabalhador, não fazendo qualquer distinção em relação à eficácia entre os mesmos, até por que não poderia, diante da cláusula presente no artigo 5º, § 1º da nossa Constituição.

Idêntica manifestação se mostrava na Constituição Portuguesa de 1976 em sua versão originária, onde diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente postos

4 QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988, São Paulo: LTr, 2006, p. 67.

5 Lançando luzes sobre a tese ora defendida, a doutrina de Martinez: “nenhum direito fundamental, entretanto, é, em rigor, unicamente defensivo ou prestacional. O seu exercício não pode acontecer sem que ações negativas e positivas sejam cumulativamente exigidas. Exatamente assim ocorre com o instituto da liberdade sindical, em nome do qual estão agregados todos os direitos que viabilizam a proteção do patrimônio jurídico dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve e o de negociar coletivamente. Apesar de serem posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, notadamente quando opostas contra o Estado, comportam, sem dúvidas, múltiplas faculdades de exigir ou de pretender ações positivas, seja para a promoção das condições de seu gozo efetivo, seja para a sua proteção contra terceiros” (MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124).

no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, passaram a ser, a partir da revisão de 1982, elencados no título dos direitos, liberdades e garantias⁶, tendo Sarlet atentado para o fato de que “esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo, tem sido oportunamente denominada de ‘liberdades sociais’⁷, integrando o que se poderia chamar — inspirados na concepção de Jellinek — de um ‘status negativus socialis’ ou ‘status socialis libertatis’⁸”.

Nesse mesmo passo, assegura Cristina Queiroz que a Constituição portuguesa de 1976 atualmente qualifica como “liberdades e garantias” — ou, simplesmente, liberdades sociais, pela doutrina — determinados direitos dos trabalhadores, verdadeiras pretensões defensivas, a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical, antes da aludida reforma, apenas tidos como meros direitos sociais.⁹

Miranda, após afirmar que a designação complexa de direitos, liberdades e garantias não é corrente no estrangeiro, assevera que a liberdade sindical e o direito de greve, previstos respectivamente nos artigos 55º e 57º da Constituição portuguesa de 1976, são legítimos exemplos de liberdades.¹⁰

Sem embargo, como já verificado nesse mesmo capítulo, todos os Direitos Fundamentais, de defesa ou sociais (prestacionais ou não) são de liberdade¹¹, pois é impossível o indivíduo

6 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

7 Como pontifica ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007, p. 385, quando faz remissão às liberdades sociais presentes na Constituição portuguesa, indicando o direito de greve e a liberdade sindical como legítimos representantes das ditas liberdades.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

9 QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002, p.27.

10 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 2, ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 93.

11 “No existen derechos de libertad, por um lado, y derechos de igualdad, por outro: todos los derechos son de libertad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso

alçar qualquer patamar socialmente justo e digno¹² sem que lhe sejam assegurados direitos mínimos pelo Estado, tanto é assim que, em regimes constitucionais onde não se tem um rol de direitos sociais, a própria jurisprudência se encarregou de firmar determinadas tarefas estatais, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, com a noção de “mínimo existencial”, já que a Lei Fundamental de 1949 praticamente não trata de Direitos Sociais.

Isso é algo até curioso, já que em terras germânicas a referida Corte extraiu do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana a construção sobre o mínimo existencial e aqui, em terras brasileiras, mesmo com um imenso rol de direitos sociais prestacionais e de defesa, a doutrina e a jurisprudência ainda relutam em creditar plena eficácia a alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, assim compreendido como direito subjetivo não a um posto de trabalho, mas sim, pelo menos, como respeito ao posto ativo de trabalho, não podendo o empregado ser despedido sem que haja um motivo.

Essa também é a doutrina de Jorge Miranda, para quem, ao revés de existir uma separação estanque entre direitos negativos e direitos positivos, há intercomunicação entre eles, pois, enquanto o paradigma liberal pregava a liberdade abstrata, a ideia presente no modelo social não despreza a liberdade, mas entende que esta somente é alcançada com a igualdade material entre os indivíduos, mediante forte intervenção estatal, pois:

igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma

de los económicos y sociales, al potenciar y reforzar dicho elemento la libertad para todos. [...] Por ello, al analizar la estructura de los derechos soiales, se comprueba – aunque persistan notables rasgos distintivos – la inexistencia de uma fractura radical com los tradicionales derechos de libertad” (IBARRECHE, Rafael Sastre. El derecho al trabajo. Madrid: Editora Trotta, 1996, pp. 71-72).

12 Nesse tocante, Gabriela Neves Delgado atesta que o direito ao trabalho, sobretudo o direito ao trabalho digno faz parte desse patamar mínimo (Direito fundamental ao trabalho digno, São Paulo: LTr, 2006).

consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexiste ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*.¹³

Se se observar atentamente o Capítulo II do Texto Constitucional, facilmente se perceberá que a própria Lei Fundamental estabeleceu uma limitação, um patamar mínimo, fixando diretrizes que deverão ser cogentemente observadas quando da pactuação empregatícia, sendo correto afirmar que, abaixo do patamar estabelecido constitucionalmente, não é possível qualquer contratação individual.

No tocante à negociação coletiva, a Carta Política foi mais benevolente, permitindo que alguns direitos pontuais, a exemplo do salário e da jornada de trabalho, possam ser pactuados pelos sindicatos, em pleno exercício da autonomia privada coletiva. Assim, é possível afirmar que a limitação firmada na Constituição pátria é total em relação às partes individualmente, mas relativa em termos coletivos.¹⁴

13 MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 96-97.

14 Eis a lição de Maurício Godinho Delgado: “não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho” (Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 197).

Mais acertado ainda parece afirmar que dito patamar constitucional mínimo figura como verdadeiro direito defensivo, não podendo sequer ser o seu espectro protetivo diminuído, por força do *caput* do artigo 7º da nossa Constituição, segundo o qual todo o rol que se segue é apenas exemplificativo, pois outros direitos sociais do trabalhador poderão ser previstos ordinariamente, não podendo haver alteração a menor, significando dizer que há uma barreira estatal, uma defesa em face de alterações *in pejus*, mais próxima ao direito de liberdade do que ao prestacional.¹⁵

3. A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA COMO DIREITO DE LIBERDADE

Ao doutrinar sobre o direito a algo, ou pretensão, Alexy estabelece que a sua estrutura segue a clássica relação triádica, composta do portador, ou titular do direito, do destinatário (nesse trabalho compreendido como o Estado ou o particular) e o objeto do direito, mais adiante dispendo que o indigitado direito a algo se bifurca em direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, e direitos a ações positivas. Os primeiros são triplicemente divididos em “direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas”¹⁶, enquanto os segundos são subdivididos em “direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas”.

15 Fábio Rodrigues Gomes (O Direito Fundamental ao Trabalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, 178), dissertando acerca das diversidades atinentes ao direito de defesa e o direito à proteção, assevera que não se deve confundir a função defensiva dos direitos fundamentais com a categoria dos direitos de defesa, pois “a primeira é inerente a qualquer direito fundamental e implica, não a exclusão do Estado, mas, sim, a sua intervenção (subsidiária) em determinadas hipóteses [...]. A segunda, representa os direitos de liberdade voltados contra o Estado, bloqueando normativamente a sua intervenção indevida”.

16 Op. cit., p. 193 e ss.

Analisando a estrutura normativa presente no artigo 7º, I da nossa Constituição, é fácil perceber que o dispositivo, quando estabelece proteção contra a despedida arbitrária, evidentemente tendo como destinatário um particular — empregador —, não contempla qualquer direito a ação positiva por parte deste. Ao revés, está ali presente um legítimo direito de defesa, de afastamento, abstenção, tendo-se que ao empregador, diante do regramento constitucional, é dirigida a ordem estatal de não eliminação da posição jurídica do empregado, havendo clara limitação à livre iniciativa.

Mais claramente falando, o Legislador abstratamente já ponderou os interesses constitucionalmente tutelados, fixando tal limitação e estabelecendo que, diante da colisão entre o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da liberdade natural de trabalhar, extraído do direito ao trabalho (CRFB/88, artigo 6º), prevalece este¹⁷.

É dizer, o Legislador constituinte já estabeleceu abstratamente uma limitação à liberdade empresarial, não podendo o empregador destituir o empregado de seu *status* sem que haja um motivo não arbitrário para tanto. Assim agindo, o empregador pratica um não fazer, abstando-se de despedir o empregado de forma arbitrária.

Nesse trilhar, já doutrinou Fábio Gomes, afirmando que o artigo 7º, I da Lei Fundamental pátria, embora qualificado como um direito social, “é outro dispositivo que não se encaixa naquele velho figurino doutrinário, eis que tem por finalidade, não uma prestação material, mas, sim, evitar a intervenção desmedida do empregador no trabalho continuamente executado

¹⁷ Nesse particular, não há concordância com a doutrina utilitarista de Fábio Gomes (op. cit., p. 221), para quem o artigo 7º, I da Constituição de 1988 encerra direito (poder ou competência) potestativo do empregador despedir sem qualquer motivação, desde que pague indenização legalmente prevista, constituída na multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, até que venha uma lei complementar para regulamentar montante indenizatório maior que o já “transitoriamente” previsto.

por seu empregado”. E ainda assegura, com esteio na lição de Sarlet, que “não por outro motivo, é chamado por alguns de direito social negativo”¹⁸.

À mesma conclusão chegou Alinie da Matta Moreira, ao afirmar que alguns direitos sociais se revestem da qualidade de típicos direitos de liberdade, e que a proteção contra a despedida arbitrária é um desses exemplos¹⁹.

Também Cristina Queiroz, analisando a necessidade de intervenção legislativa no direito à segurança no emprego e, especificamente a proteção dos trabalhadores em face ao despedimento, previsto no art. 53 da Constituição portuguesa de 1976, atribuiu o epíteto de “direito de defesa” a tal proteção²⁰.

Nunca é demais lembrar que o argumento da reserva fática do possível não é capaz de vincular fortemente só os direitos sociais, sendo mais correto se falar em uma vinculação “fraca” de todos os Direitos Fundamentais à reserva do possível, no caso específico da proteção em face da despedida arbitrária, por ser esta um autêntico direito de defesa, ou liberdade social, como interpretado pela doutrina portuguesa já referida no item anterior. Não há qualquer vinculação à reserva do possível fática e, por tal motivo, a eficácia imediata e plena justiciabilidade da primeira parte do dispositivo constitucional é evidente, pois imposta diretamente como abstenção ao particular — empregador —, para que este não destitua o empregado de seu posto de emprego sem que haja um motivo não arbitrário para tanto.

18 GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit., p. 204.

19 MOREIRA, Alinie da Matta. As restrições em torno da reserva do possível. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 44.

20 QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002, p. 178.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SISTEMA DE VALORES

Segundo a clássica doutrina do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais somente eram entendidos consoante a lógica estatal abstencionista, para que fosse assegurado o direito de liberdade do indivíduo; racionalidade que trazia à reboque a ideia de que a Constituição era um mero documento político, inferior à Lei, o que desembocava no não desenvolvimento do próprio Direito Constitucional, que evoluía paulatinamente, enquanto o Direito Civil crescia, imbuído de teorias que justificavam a sua superioridade.

O cenário narrado era bastante compreensível, diante da tradição jurídica presente ao longo de séculos e disseminada pelo mundo ocidental através do povo romano. Até o jusnaturalismo, no afã de se fazer mais perene, havia sido codificado²¹, fazendo-se crer que algo não presente na legislação não era valorado pela sociedade. Era chegada a época de um jusnaturalismo racional.

Esse cenário positivista, que afastava a moral, a ética e a justiça do Direito, fez-se presente em todo o século XIX, auge das ideias liberais, perdurando fortemente na doutrina civil e constitucional até meados do século XX, momento em que houve uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a hermenêutica constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito, agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.

Para tanto, foi necessário que o mundo testemunhasse as barbáries praticadas pelo holocausto, onde o ser humano foi

²¹ Atente-se para o capítulo I, quando foi abordada a chegada das codificações e, com isso, a segurança através da Lei.

menosprezado, não dignificado, e tratado como meio para o alcance de um fim que se pretendia legítimo.

Na Alemanha, país responsável tanto pelo cenário horrendo narrado, quanto pela própria modificação do pensamento positivista e virada Constitucionalista, a Constituição de Weimar, hoje plenamente reconhecida como uma das primeiras no mundo a tratar sobre os Direitos Sociais, sequer concebia os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, omissão que terminou sendo decisiva para fazer com que Hitler retirasse a cidadania dos judeus e iniciasse a perseguição destes pelos mais diversos recantos da Europa.

Terminada a Guerra, na Alemanha, em 1949, foi publicada a Constituição de Bonn e dois anos após, em 1951, foi criado o Tribunal Constituição Federal, composto por juristas contrários às ideias que justificavam o holocausto, fato peremptório para a modificação da hermenêutica constitucional, que passou entender os Direitos Fundamentais como um sistema de valores, racionalidade que foi construída a partir de um julgado, mas plenamente desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, influenciando diretamente a interpretação dos princípios como normas, a eficácia dos Direitos Fundamentais entre os particulares — o que se denominou chamar de eficácia horizontal — e o alcance dos direitos de liberdade, agora entendidos sob a ótica também objetiva.

Tal interpretação modificou de vez a própria concepção dos Direitos Fundamentais Sociais, que passaram a se desenvolver, também, sob o aspecto protetivo, não só fático, mas, sobretudo, jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelo influxo interpretativo das normas constitucionais campeado na Alemanha e é justamente esse o motivo por que se faz necessária a análise da construção germânica dos Direi-

tos Fundamentais como valores, já que a jurisprudência pátria ainda é carente de avanço científico nesse sentido²².

Se for possível fixar o momento da mudança narrada, esse foi o julgamento do que se denominou caso Lüth.

Em 1950, durante a realização de um festival cinematográfico ocorrido em Hamburgo, o então presidente do Clube de Imprensa, Erich Lüth, além de expor publicamente o diretor de “Amantes Imortais”²³, Sr. Veit Harlan, acusando-o de grande disseminador das ideias nazistas através da Sétima Arte, também organizou um boicote juntamente aos distribuidores de filmes.

Harlan e os parceiros comerciais ajuizaram uma ação cominatória em face de Lüth, com fulcro no § 826 BGB, dispositivo da Lei civil alemã que obrigava todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa — no caso, deixar de boicotar o filme —, sob a cominação de pecúnia.

A referida ação teve o pedido julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, então, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5 I I GG²⁴.

22 Veja-se, por exemplo, julgado colhido do Supremo Tribunal Federal, onde não se admite Recurso Extraordinário, a não ser por ofensa direta à Constituição: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279 – STF. I. – Somente por ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é ofensa direta, frontal. III. – Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. – Incidência, no caso, da Súmula 279 – STF. V. – Agravo não provido. STF – AI – AgR 481215/RJ, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 24.02.06.

23 Nesse, assim como em outros filmes, dirigidos pelo Sr. Harlan, há forte incitamento à violência em face dos judeus.

24 SCHWABE. Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os Direitos Fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos²⁵ de uma comunidade e, como tais, se espraiam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, que passa a ter como principal função interpretar a Constituição e as Leis, de modo a dar efetividade aos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois, eles “valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”²⁶, que é, em outras palavras o próprio dever de proteção estatal em relação aos indivíduos.

25 No dizer de Pérez Luño (op. cit. p. 21): “en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.

26 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 109.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopeamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser — como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo —, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom — como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito²⁷.

Evidente que a assim denominada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários²⁸.

27 Op. cit., p. 144 e ss.

28 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003, p. 231.

Informa Steinmetz²⁹ que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de Forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso”.

Tomando emprestadas as palavras de Sarmiento, “não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para “aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para o reconhecimento dos dois efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção”³⁰. E é sobre isso que se tratará a seguir.

5. EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de orientar o alcance da teoria axiológica dos Direitos Fundamentais, na década de oitenta, Alexy indicou como única forma viável de se interpretar o caráter objetivo dos referidos direitos, a técnica da abstração de toda e qualquer noção subjetiva.

Nesse desiderato, pontuou o referido publicista, que apenas com uma *tríplice* abstração é possível fazer aparecer o caráter objetivo do direito³¹.

Para tanto, o autor utiliza o direito à liberdade de expressão (caso Lüth), afirmando que, ao se realizar a primeira

29 STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107-108.

30 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006, p. 123.

31 Op. cit., p. 508.

abstração (do titular), converte-se um *dever relacional* (que possui um direito subjetivo como contrapartida) em um *dever não-relacional*, ou seja, uma obrigação sem um direito subjetivo correspondente, que gera apenas um *dever prima facie* de o Estado atuar, de modo a se omitir de intervir na liberdade de opinião.

Todavia, para alcançar um “nível supremo de abstração”, é necessária a feitura de uma segunda abstração (do destinatário do direito) para, então, abstrair algumas particularidades do objeto (omissão de intervenção estatal). Como resultado final, haverá somente um “simples dever-ser” da liberdade de expressão, o que o Tribunal Constitucional Federal intitulou de “decisão básica jurídico-objetiva”, e o autor de “norma básica que decide valores”, que “se irradiará por todos os âmbitos do ordenamento”³².

A partir dessa concepção irradiante dos Direitos Fundamentais, doutrina e jurisprudência germânicas evoluíram para outros conceitos que redundaram profundamente no aprimoramento da eficácia e efetividade das normas constitucionais, como, por exemplo, a assim denominada eficácia horizontal, ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

A teoria axiológica encontra no Direito constitucional brasileiro ampla possibilidade de aplicação, tendo-se que a Constituição Federal de 1988 é eivada de valores, positivados ou não, como, por exemplo, o valor social do trabalho, que, devidamente refletido, impediria qualquer denúncia vazia contratual por parte do empregador.

Nesse trilhar, fácil é perceber que as normas constitucionais, para além do conteúdo subjetivo, encerram valores que se irradiam para os mais diversos ramos do Direito, não só civil, mas também penal, econômico e, sobretudo, do trabalho, encontrando nos conceitos jurídicos indeterminados (bons costumes,

32 GOMES, Fábio. Op. cit., p. 104.

ordem pública, boa-fé, abuso de direito) um forte campo para aplicação dos valores consagrados no Texto Constitucional.

6. O ALCANCE DO ARTIGO 7º, I, DIANTE DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 5º, § 1º CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os Direitos Fundamentais, assim entendidos segundo a versão de direitos à prestação, podem ser subdivididos em direitos a proteção, estes bipartidos em prestações materiais e prestações jurídicas; e direitos à organização e procedimento.

Também foi pontuado que a hermenêutica constitucional contemporânea, aqui adotada, entende a Constituição como ordem de valores e os Direitos Fundamentais como normas-princípios, que vinculam todas as atividades estatais, impondo-se para que o Estado legisle e crie políticas públicas para efetivá-los, irradiando-se, inclusive para os particulares, para que estes também observem em suas relações privadas os ditos Direitos.

Interessa nesse momento apenas a localização dos Direitos Fundamentais como direitos a prestação jurídica, máxime a proteção contra a despedida arbitrária (aqui entendida como despedida sem qualquer motivação), tendo-se que a Constituição em seu artigo 7º, I estabeleceu tal direito e o Estado-Legislador, passados quase trinta anos, ainda não cumpriu o seu dever constitucional, assumido já no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, no tocante ao desiderato de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e a liberdade.

A regra contida no indigitado artigo 7º, I do Texto Constitucional encerra norma constitucional de eficácia plena, assegurando a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo a Constituição ao Legislador apenas a

previsão de indenização pela dispensa e o modo como tal deverá ser processada.

Apesar da evidente conclusão retro exposta, não há qualquer novidade em afirmar que doutrina e jurisprudência dominantes pensam exatamente o oposto, que o dispositivo contém regra de eficácia limitada, não podendo ser aplicado até que venha uma norma infraconstitucional tratando sobre o assunto, conclusão que por si só atenta contra a supremacia, a máxima efetividade e a força normativa da Constituição, tendo-se que não é crível que passados tantos anos da promulgação da Lei Maior, ainda penda de “regulamentação” tal direito fundamental social, quando a própria Constituição em seu artigo 5º, § 1º prevê que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É certo que, não obstante esse último mandamento constitucional, nem todos os Direitos Fundamentais possuem imediata eficácia, pois não é incomum encontrar no Texto Constitucional normas que, para alcançarem a plena aplicação, dependem de norma que as regule³³, destrinchando o Direito Fundamental ao patamar ordinário, o que não significa que a norma fundamental possua nenhuma eficácia, pois há sempre uma vinculação negativa e positiva dos Poderes Públicos, no sentido de não se ignorar o traçado já posto na Constituição, assim como o dever de agir para maximizar o Direito Fundamental correspondente na Legislação ou através dos julgados.

Nesse sentido, importa muito mais saber se o direito analisado possui alta ou baixa densidade normativa e assim assegura Sarlet, afirmando que a Constituição de 1988 consagrou variada gama de Direitos Fundamentais Sociais e “considerou todos os Direitos Fundamentais como normas de aplicabilidade

³³ Como, por exemplo, a regra contida no art. 7º, X da CRFB/88, que protege o salário na forma da lei, constituindo crime a retenção dolosa deste, devidamente atrelada ao princípio estrito da legalidade.

imediate” e que boa parte dos Direitos Fundamentais Sociais são, na verdade, direitos de defesa (classicamente de eficácia imediata), mas carentes de “concretização legislativa”, o que não significa a ausência de aplicação do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, sendo relevante saber se a norma constitucional é dotada de “baixa densidade normativa”³⁴.

Prossegue o citado publicista, asseverando que a “melhor exegese contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, uma espécie de mandamento de otimização (ou maximização)”³⁵.

Ou seja, a conclusão do autor guarda simetria com o quanto analisado neste trabalho, no tocante à vinculação de todos os poderes públicos aos Direitos Fundamentais, sendo do Estado a tarefa de maximizá-los, através do processo legislativo de proteção, na efetivação de políticas públicas materiais e efetivas voltadas à concretização dos valores já postos na Constituição e, sobretudo, por meio do Estado-Juiz, a quem cabe também o dever de interpretar o Texto Constitucional de modo a dar máxima efetividade às normas fundamentais.

Vale lembrar a doutrina de Canotilho, já anunciando a “morte” das normas constitucionais programáticas, por entender que todas as normas constitucionais “têm força normativa independentemente do acto de transformação legislativa” e que essa concepção é diversa de “saber em que termos uma norma constitucional é suscetível de aplicação direta e em que medida é exequível por si mesmo”³⁶.

Se é certo afirmar, como se fez ao norte, que nem todos os Direitos Fundamentais podem ser automaticamente invocados e aplicados, por força da regra contida no artigo 5º, § 1º

34 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 268.

35 Op. cit., p. 270.

36 Op. cit., p. 1161.

da Constituição, não menos certo é defender que os aludidos direitos possuem, em relação aos demais direitos constitucionais, “maior aplicabilidade e eficácia”. Isso não significa que entre os Direitos Fundamentais não possa haver conflito, aqui importando mais ainda saber se, no caso concreto, o respectivo Direito Fundamental colide com outro de mesma hierarquia, a densidade normativa de cada um deles, bem como o valor constitucional que cada um encerra, pois, “negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significa, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”³⁷.

Nesse trilhar, outro ponto que merece análise é a eficácia e o alcance dos Direitos Fundamentais Sociais do Trabalhador, sendo certo que topograficamente a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está localizada na parte constitucional que trata dos Direitos Sociais dos obreiros.

É o que será abordado no próximo tópico.

7. EFICÁCIA PLENA DA PRIMEIRA PARTE DO ARTIGO 7º, I CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANTIJURIDICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA

A primeira parte do artigo 7º, I do Texto Constitucional contém norma de eficácia plena, sendo *proibida* a despedida sem motivação pelo empregador³⁸, a assim denominada denúncia vazia³⁹, pois o próprio Legislador Constituinte já afirmou que é direito de todos os empregados urbanos e rurais a proteção

³⁷ SALET, op. cit., p. 272.

³⁸ Em percuente abordagem sobre o tema, a lição de Edilton Meireles (Abuso do direito na relação de emprego, op. cit. p. 198), para quem: “a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação”.

³⁹ Para Ceneviva, o indigitado dispositivo não é auto-aplicável, mas limita o poder de comanda da empresa, “que tem discricção, mas não arbítrio de rescindir imotivadamente o contrato de trabalho,

contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (alguma causa há de ter!), relegando ao Legislador infraconstitucional apenas a confecção de Lei Complementar para tratar sobre a hipótese de indenização por conta da despedida com tais características.

Assim sendo, não há falar em norma constitucional de eficácia limitada, como professa a interpretação dominante, mas sim em norma de eficácia plena, na primeira parte, com baixa densidade normativa na segunda parte, não se permitindo constitucionalmente que o empregador se utilize da faculdade resilitiva que lhe é outorgada pela Lei, despedindo o respectivo empregado sem qualquer motivação, pois, ao revés do quanto majoritariamente defendido, a ordem emanada da Constituição é no sentido da proteção contra a despedida arbitrária, sem motivo, vazia e sem justa causa⁴⁰, em defesa do valor constitucional maior da dignidade do trabalhador, que informa o próprio direito ao trabalho, presente no artigo 6º da Constituição.

O paradigma dominante, assim entendido como a permissão de o empregador despedir sem qualquer apresentação de motivos, esvazia todo o conteúdo protetivo da Constituição e não se coaduna com o Estado, Legislador ou Juiz, vinculado aos valores constitucionais.

É de notar, inclusive, que a despedida sem motivação é ato antijurídico⁴¹ e contrário ao Texto Constitucional, sendo essa a única interpretação viável e possível para quem vislumbra a Constituição segundo uma ordem axiológica, tendo em conta o valor social do trabalho e o exercício do direito de propriedade segundo a sua função social.

sob pena de indenizar o trabalhador” (CENEVIVA, Walter. Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2003, p. 95.

40 Nesse particular, a lógica leva a concluir que se o Legislador proibiu a despedida sem justa causa, alguma causa, pelo menos, deve ser apresentada, para que seja analisada se é justa ou não.

41 À mesma conclusão chegou Virgínia Leite Henrique, assegurando que “a dispensa arbitrária (injusta ou imotivada) coloca-se fora do ordenamento jurídico” (Dispensa arbitrária ou sem justa causa. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). Dicionário: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 2012, p. 376, 376-385.

Faça-se um pequeno teste, que pela sua simplicidade chega até a ser pueril. Se o Legislador regulamentar o art. 7º, I da nossa Constituição, jamais poderá fazê-lo para dizer que a despedida do empregado pelo empregador pode se dar sem motivação, de forma vazia, pois o Estado-Legislador é objetivamente vinculado à Constituição e esta já traça a diretriz de “relação protegida contra a despedida arbitrária” e não o contrário⁴². Seria inconstitucional, portanto, qualquer norma que intentasse “desproteger” a relação de emprego em face da despedida arbitrária, até porque a suposta norma se atritaria diretamente com o *caput* do artigo 7º da Constituição de 1988, que traça o perfil evolutivo das normas trabalhistas e não o inverso.

Lançando luzes sobre a conclusão já exposta, José Afonso da Silva, comentando o alcance do art. 7º, I da CRFB/88, concluiu:

temos para nós que a garantia do emprego é um direito por si bastante, nos termos da Constituição – ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata; de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos ('despedida arbitrária' e 'justa causa') que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória de garantia de permanência no emprego. indenização não é garantia da relação de emprego. como se vê no texto, é uma medida compensatória da perda de emprego. se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da conservação, e não o da sua substituição.

42 Em outras palavras, a mesma conclusão: “O direito fundamental a uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária esvazia-se, se condicionarmos seu exercício a uma atuação legislativa desnecessária, porque terá de dizer o óbvio. Ora, mesmo sob a perspectiva da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a doutrina é unânime em reconhecer a necessidade de conformação do sistema jurídico às normas constitucionais. Logo, seria inconstitucional qualquer legislação que propusesse a ausência do dever de motivação do ato de denúncia do contrato. A lei, a ser editada a partir da ordem contida no inciso antes referido, terá necessariamente que disciplinar os motivos da despedida lícita e as consequências da perda do emprego. Ou seja, explicitar o dever já contido no dispositivo constitucional” (SEVERO, Valdete Souto. Op. cit., p. 197).

Compreendido o texto especialmente em conjugação como § 1º do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º - que se enquadram também entre os direitos e garantias fundamentais – chega-se à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida⁴³.

O regramento previsto no artigo 7º, I do Texto Constitucional contém o que Alexy⁴⁴ consagrou como “reserva simples” a um Direito Fundamental, tendo-se que o Legislador é instado, pela própria regra, a regulamentar o respectivo direito já assegurado na Constituição, mas este é também vinculado ao modelo já traçado pela Lei Maior.

É dizer, o Legislador ordinário não poderá jamais “desproteger” o empregado, permitindo a despedida arbitrária, diante de tal limitação. Ademais, atentando-se ao princípio da unidade do Texto Constitucional, fácil é perceber que a livre iniciativa que fundamenta a faculdade de o empregador dispensar o empregado não é absoluta; ao revés, encontra limites postos pela própria Constituição, através da vedação à despedida arbitrária e o exercício da propriedade segundo a sua função social.

Se é certo que há uma evidente limitação à atividade do Legislador ordinário, não menos certo é afirmar que a limitação constituída em torno da vedação à despedida arbitrária — aqui entendida como a denúncia vazia — é também ordem dirigida diretamente ao particular empregador, que, como já assegurado, não detém ilimitados “poderes” diretivos, já que tais teoricamente decorrem do exercício do direito de propriedade e do princípio da livre iniciativa, sendo aquele vinculado à sua função social e este limitado ao regramento já posto na Constituição ao redor da vedação à despedida arbitrária.

Toda a ordem constitucional proíbe o arbítrio e essa ideia foi algo construído pelos povos ocidentais, criando um paradig-

43 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 193.

44 Op. cit., p. 130.

ma que se irradiou, inclusive para as relações civis pátrias, que sequer permitem que a resolução de um contrato possa ser invocada por puro arbítrio de uma das partes contratuais, como prevê o artigo 122 do nosso Código Civil. Ora, se até a Legislação civil, que tem como paradigma a ideia ancestral de igualdade entre as partes convenientes⁴⁵, não permite tal forma de resolução contratual, com muito mais razão as relações trabalhistas devem ser guiadas pela mesma racionalidade⁴⁶.

O artigo 7º, I do Texto Constitucional é claro ao estabelecer hipótese de indenização, prevendo que o empregado despedido sem justa causa ou imotivadamente terá reparação patrimonial, não sendo difícil concluir que, se a Constituição previu indenização para o empregado contra ato arbitrário do respectivo empregador, é porque o considera ato ilícito, contrário ao Direito, como determina o artigo 927 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Pensar o contrário é permitir que o empregado se locuplete ilicitamente ao receber indenização, pois está recebendo pecúnia do empregador, que agiu lícitamente, diante do seu “direito potestativo” de despedir.

Não se vê como possível qualquer outra interpretação, sobretudo a em voga, no sentido de um suposto direito potestativo de o empregador despedir com arbítrio, que contraria não só o próprio Texto Constitucional em sua literalidade, mas também ignora toda a evolução já traçada nesse trabalho acerca da proibição do arbítrio.

A inércia do Estado-Legislador é evidente nesse tocante e não se justifica pela realidade que se apresenta aos olhos mais atentos, quando é perceptível que o invocado direito potestativo de despedir com arbítrio do empregador permite, no mais

45 Ideia, é verdade, um pouco sufragada entre nós pelo advento dos institutos da lesão, boa-fé objetiva e função social da propriedade na codificação civil atual.

46 Atente-se para o último capítulo, onde é foi elaborada uma maior abordagem sobre essa mesma questão, que ora serve tão somente como premissa para o raciocínio.

das vezes, que este tenha por resilidos determinados contratos de empregados não muito interessantes à livre iniciativa e que “precisam” ser descartados⁴⁷, como os doentes não amparados pela previdência social, os que estão em vias de adquirir determinados vencimentos pelo longo tempo na empresa, ou, simplesmente, porque há a possibilidade de contratar pessoal com menor custo.

Pensar que não há inércia ou omissão por conta da regra supostamente transitória contida no artigo 10 do ADCT é outra excrecência interpretativa. O referido dispositivo se pretende transitório, para teoricamente suprir a carência de Lei Complementar presente no artigo 7º, I da Constituição, mas, apesar disso, há quase um quarto de século serve como paliativo para conter a inércia do Estado.

Também é fácil encontrar na doutrina e na jurisprudência⁴⁸ posicionamento no sentido de que a “estabilidade” é incompatível com o regime do FGTS e, portanto, toda a indenização a que o empregado teria direito já está contida no artigo 10 do ADCT.

Ora, uma coisa não tem nada a ver com a outra. O artigo 7º trata, em incisos diferentes e apartados, do direito do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e do direito ao FGTS, respectivamente, incisos I e III, o que já demonstra que aquela indenização presente no indigitado artigo 10 do ADCT refere-se à indenização transitória, para suprir a falta da Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I, tratando, coincidentemente, sobre a elevação da multa pela despedida sem justa causa ou arbitrária, o que não significa dizer que esta

47 Sobre o tema, a percuciente abordagem de SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir – a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In.: Revista LTr. v. 74, n. 02, fev/2010, p. 74-02/242-74-02/250.

48 Veja-se, por exemplo, a decisão do TST, já transcrita nesse capítulo, resolvendo sobre a despedida sem qualquer motivo de empregado contratado há mais de vinte anos pela mesma empresa.

indenização se confunde com a multa de 40% prevista na Lei n. 8.036/90.

É dizer, se vier a Lei Complementar, esta preverá indenização compensatória à despedida arbitrária ou sem justa causa, regulamentando o art. 7º, I do Texto Constitucional, mas isso não implicará que a multa de 40% incidente sobre o FGTS deixará de existir, pois a primeira indenização referida tem previsão constitucional no aludido dispositivo e a outra indenização, encontra amparo legal no inciso III do art. 7º da Constituição, esmiuçado ordinariamente pela Lei n. 8.036/90, que trata exatamente da multa de 40% incidente sobre o FGTS.

8. INCONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DA DESPEDIDA COLETIVA IMOTIVADA

No contexto individualista e desgarramento dos direitos fundamentais, a Lei n. 13.467/2017 introduziu o artigo 477-A, que prevê que “as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

Ora, é certo que o Estado-Legislador é insuficiente, em ofensa ao dever de proteção que decorre do próprio Estado Social, mas o artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 estabelece um dever de legislar e tal dever não deve ser cumprido de forma ilimitada. Ao revés, qualquer regulamentação infraconstitucional acerca do indigitado dispositivo constitucional, obrigatoriamente deve observar o regramento segundo o qual a proteção contra a despedida arbitrária é um direito fundamental do trabalhador. É dizer, o Estado-Legislador, por ser objetivamente vinculado às normas constitucionais, tem por obrigação que exercer o seu mister, de modo a não invadir ou esvaziar o con-

teúdo do Texto Constitucional e, preferencialmente, até, elevar a condição social do trabalhador, por força do quanto estatuído na *caput* do artigo 7º da Carta Política de 1988.

Ao ter o Estado-Legislator estabelecido que as despedidas coletivas ou plúrimas se equiparam às individuais, partiu necessariamente do pressuposto segundo o qual a Constituição Federal de 1988 permite a denúncia contratual individual vazia, quando o que lá está contido é justamente o contrário. Sem embargo, conforme já analisado, a primeira parte do artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988 assegura aos empregados a proteção contra a despedida arbitrária e esta, nos moldes traçados pelo artigo 165 da CLT, é aquela não fundada em motivo técnico, econômico, financeiro ou disciplinar.

Em outras palavras, o Estado-Legislator é objetivamente vinculado às normas constitucionais e, assim sendo, a proposta trazida pelo novo artigo 477-A da CLT, no sentido de esvaziar o conteúdo protetivo previsto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 é materialmente inconstitucional.

9. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No dia 13 de janeiro de 2009, a EMBRAER, sob a alegação de reduzir os custos decorrentes da crise econômica global, resolveu despedir 20% do quadro de seus empregados (aproximadamente 4.400 trabalhadores, de um total de cerca de 22 mil), tendo a empresa alegado que a drástica decisão, embora dura, era necessária para preservar outros 17 mil postos de trabalho.

O ato empresarial, logicamente, ensejou a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar, pleiteando, primeiramente a cessação

dos atos demissionários, bem como a reintegração dos empregados já despedidos, afirmando as agremiações que o ato perpetrado pela empresa era “antijurídico”, posto contrário ao artigo 7º, I da Constituição, antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal, atitude que se afasta do dever de informação pertinente à empresa.

A despedida coletiva nada mais é do que o somatório das dispensas individuais⁴⁹ e a razão da antítese ao poder de dispensa ilimitado é exatamente a mesma, tanto é assim, que nesse caso citado, o grande argumento empresarial foi afirmar que o direito brasileiro não possui regramento acerca da despedida coletiva e, como há um hiato legislativo, força seria concluir que os atos demissionais vazios são permitidos, somente gerando direito à indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, levantamento do valor na conta vinculada e pagamento das parcelas resilitórias já adquiridas, como férias e gratificações natalinas

49 Em sentido diverso do ponto de vista defendido, a lição de Delgado: “a despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado lay-off). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, por si somente, despedida coletiva. [...] Já a despedida coletiva atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma despedida maciça de rupturas contratuais” (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed., São Paulo: LTr, 20012, p. 1175-1176). O Des. José Antônio Pancotti, elaborou detida análise sobre o tema, afirmando que “na dispensa coletiva, a causa é única e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa”, invocando a lição de Ruy da Almeida, para quem a diferença entre dispensa individual e coletiva reside no fato desta se justificar por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa, ao passo que aquela pode ser arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural (PANCOTTI, José Antônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. In: Revista LTr. v. 74, n. 05, maio/2010, p. 05/529-05/541).

proporcionais, ideia também presente quando se trata de despedida individual.

Em sua primeira manifestação, datada de 26 de fevereiro, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas concedeu liminar suspendendo as rescisões contratuais, já feitas ou que viessem a ocorrer, até a data da audiência de conciliação, e requisitou da empresa a apresentação de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios. Na oportunidade, o Relator, Desembargador Sotero da Silva, disse haver “indiscutível interesse público na preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro”.

Fracassadas todas as tentativas conciliatórias, o TRT da 15ª Região julgou parcialmente procedente o dissídio coletivo e, em atenção à força normativa dos princípios, citando extensa e atualizada doutrina, declarou abusiva a demissão coletiva, diante da ausência de negociação coletiva prévia⁵⁰.

50 CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua da legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe preferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de Los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei n° 223/91, México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque

Embora se entenda que a dispensa em massa não precedida de fundamentos socialmente aceitos enseja a reintegração no emprego, exatamente por que o ato resilitório é nulo por abusividade e ofensivo à boa-fé e que isso enseja o retorno das partes ao *status quo* ante, sem qualquer impedimento da indenização compensatória, reconhece-se que essa decisão do TRT de Campinas foi um grande avanço na jurisprudência, pois se agasalhou o entendimento segundo o qual o empregador não possui poderes ilimitados de despedir, principalmente coletivamente, devendo o ato demissional coletivo ser sempre precedido de negociação com a agremiação, parâmetro este sequer previsto expressamente em lei.

Houve interposição de Recurso Ordinário por ambas as partes litigantes. A EMBRAER insistia que havia agido conforme a lei, almejando, com isso, a reversão da declaração de abusividade da greve, enquanto as agremiações ratificavam o pedido de reintegração de todos os empregados despedidos.

Em sede liminar, o Ministro Moura França suspendeu os efeitos da decisão de Campinas, afirmando em sua decisão que as resilições contratuais tiveram por base “comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica”.

Quanto à consideração de que a demissão teria violado o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o

totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

citado Ministro afiançou que “o dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego, e muito menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei complementar que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional”. No tocante à necessidade de negociação coletiva prévia, foi dito que “não há, especificamente, nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação”.

Na Sessão de Dissídios Coletivos, a relatoria coube ao Ministro Maurício Godinho Delgado. Em votação apertada de cinco votos a quatro, foi confirmada a decisão anterior de manter as demissões, mas com a previsão do *iter*, constituído em torno da necessidade de negociação coletiva anterior à rescisão contratual em massa, mas somente para casos futuros⁵¹.

51 Pela importância da decisão, optou-se pela sua transcrição da ementa na íntegra: RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO, DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o fundamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional com a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a Direitos Humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inaceitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de

Houve avanço na jurisprudência, sobretudo no tocante à indicação da necessidade de se proceder à negociação coletiva como medida profilática à despedida em massa, assim como restou vazado no voto do Ministro Relator, que “a proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo”.

Por outro lado, disse o Eminentíssimo Ministro, que a norma constitucional possui eficácia contida, dependendo o direito à indenização de regulamentação através de Lei Complementar (reintegração, então, nem pensar), o que é um contra-senso, já que se falou em máxima eficácia das normas constitucionais e novos paradigmas hermenêuticos, assim entendidos como o tratamento dos princípios como verdadeiras normas. Princípios estes que zelam pela dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano “e especialmente do emprego”, sem per-

bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresas, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial (RODC-309/2009-000-15-00.4. Disponível em www.tst.jus.br. Acesso em: 30 mai 2022).

der de vista que a propriedade deve sempre ter em vista a sua função “socioambiental”.

Embora o Tribunal Superior do Trabalho não tenha enfrentado a questão da vinculação dos particulares ao Devido processo legal, é certo que o Tribunal, ao prever a obrigatoriedade de um *iter* para a despedida em massa, nada mais fez do que estabelecer observância ao princípio-garantia constitucional aludido e é sobre isso que se falará nas próximas linhas.

10. MOTIVAÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES: O PARADIGMA ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL

O direito às decisões motivadas deriva da cláusula do devido processo legal e esta, por ser disposição aberta, também comporta o direito de informação, que nada mais é do que uma pequena parcela do *due process of law*, e toda essa gama de garantias invade as relações privadas, sobretudo a relação de emprego, onde há forte poder social.

O direito de informação, enquanto fundamental, igualmente decorre do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), permitindo que as partes convenientes possuam ciência contratual equivalente.

Há muito tempo doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, mesmo que não haja previsão formal alguma nesse sentido no liame estabelecido entre as partes⁵². Isso ocorre, principalmente, por dois motivos: i) a referida cláusula é garantia constitucional fundamental e, como tal, é de observância obrigatória em

52 Perceba-se que na relação de emprego o TST admite o devido processo legal na relação privada, mas desde que tal peculiaridade tenha sido prevista em ato empresarial interno (súmula 51), mas não como decorrente diretamente da Constituição. Tal entendimento deve ser revisto, diante da tese ora defendida, no sentido da incidência direta da cláusula do devido processo legal e outros direitos laborais inespecíficos na relação havida entre empregado e empregador.

todos os setores sociais, pois todo o aparato jusfundamental estabelecido na Constituição possui dimensão objetiva e efeito irradiante; ii) as relações privadas não podem servir de refúgio à penetração dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando se tratam de pactuações eivadas de grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, diante da existência de poder social.

Por pertinentes, eis a transcrição das palavras de Júlio Amaral:

tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista⁵³.

Determinadas entidades privadas, a exemplo das associações, agremiações e entidades de classe, possuem poderes semelhantes ao Estado, como a faculdade de se fixar penalidades e aplicar sanções, inclusive com expulsão de seus integrantes.

Diante de tal poder privado, surge a necessária reflexão sobre a penetração da cláusula do devido processo legal nesse tipo de relação, sendo o direito à informação/motivação a micro parcela de tal cláusula, necessário à tutela maior, que é o acesso ao Poder Judiciário para que este possa analisar os motivos da aplicação da reprimenda, elaborando até um juízo de razoabilidade⁵⁴.

53 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: Revista do TRT - 9ª Região. Curitiba ano 35, n.65, Jul./ dez. 2010.

54 Ruitemberg Nunes Pereira (O princípio do devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 238), após traçar detalhadamente a evolução do princípio do devido processo legal substantivo, afirma que “nenhum outro instituto simbolizou tanto essa viragem hermenêutica em busca do ideal de justiça, por meio da abertura constitucional e de sua tendência à observância

10.1 ENTIDADES ASSOCIATIVAS E SOCIEDADES

Sociedades e associações, segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, sendo ambas a reunião de pessoas com objetivos comuns. Diferenciam-se as associações das sociedades, pois aquelas são formadas pela união de pessoas organizadas para fins não econômicos, ao passo que nas sociedades a finalidade do agrupamento humano é elaborada com objetivos econômicos e lucrativos (art. 966).

Tais entidades privadas, seguindo a diretriz constitucionalmente traçada acerca da liberdade associativa (CRFB/88, art. 5º, XX), se organizam através da Lei e, principalmente, por meio de seus estatutos sociais, podendo estes prever regras de organização, funcionamento e comportamento da pessoa jurídica para com os seus membros e vice-versa.

Dentre as regras, os ditos estatutos podem instituir penalidades, ou sanções convencionais, devidas em caso de descumprimento de alguma regra estatutária ou legal, tais como advertências, multas, suspensões de direitos, ou, até mesmo a exclusão dos sócios/associados da entidade.

Nesse passo, é dever destas entidades privadas a observância do devido processo legal, constituído, dentre outras garantias, pela necessária motivação do ato punitivo, para que assim a sanção possa eventualmente ser analisada pelo Estado-Juiz, ainda que não haja previsão estatutária nesse sentido.

Isso ocorre porque tal garantia fundamental, diante de sua dimensão objetiva, penetra diretamente nas relações particulares, encontrando o princípio da autonomia privada limitação na cláusula do *due process of law*.

É dizer, se o exercício do princípio da autonomia privada permite a reunião de pessoas com a mesma finalidade, cons-

de valores e princípios não propriamente positivados, quanto o instituto do devido processo legal em sua vertente material”.

tituídas em torno de sociedade ou associação, tais entidades não podem agir de forma ilimitada e absoluta. Ao revés, devem guardar obediência a todos os Direitos Fundamentais, dentre os quais se destaca o processo devido e suas consequências, como o dever de informação de atos, motivação de decisões, contraditório e ampla defesa⁵⁵.

É interessante perceber que a redação originária do art. 57 do Código Civil de 2002 previa a possibilidade de exclusão do associado, somente admissível em havendo justa causa, devidamente prevista no estatuto da entidade e, se esse fosse omissivo, o membro da associação poderia ser, ainda assim, punido, desde que fossem reconhecidos motivos graves, em deliberação associativa fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral, cabendo recurso para esta mesma assembleia, em caso de exclusão do associado.

Extraí-se do dispositivo legal que não havia qualquer previsão acerca do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, embora houvesse disposição legal acerca da necessidade de motivação no ato de expulsão do associado. Mesmo assim,

55 Nesse sentido, a lição paradigmática e inovadora de Braga: “sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional (BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 213).

tanto a doutrina⁵⁶ quanto a jurisprudência⁵⁷ já entendiam que a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

Embora as decisões advindas do Poder Judiciário obrigassem a aplicação do devido processo legal para a exclusão dos associados, não havia um enfrentamento direto acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819, finalmente, apontado o caminho a ser percorrido.

56 Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: “essa dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 288).

57 “É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. – Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1), da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 30 mai 2022. “Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois, inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. Apelação Cível Nº 70002714095, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 mai. 2022.

Na referida decisão, a Corte Suprema, ponderando a colisão firmada entre o princípio da autonomia privada *versus* o princípio do devido processo legal, decidiu que as relações privadas não são impermeáveis aos Direitos Fundamentais, devendo, ao revés, serem estes observados nas relações travadas entre particulares, sobretudo quando o ato for de aplicação de penalidade, onde se observará a motivação da decisão, assim como as garantias do contraditório e da ampla defesa⁵⁸.

58 EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º,

Colhe-se, ainda, da aludida decisão, que o caráter público da atividade desenvolvida pela União Brasileira de Compositores e a dependência do vínculo associativo para o livre exercício profissional de seus sócios justificam a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, máxime o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, demonstrando a Suprema Corte que quanto maior o poder privado, maior deve se a aplicação das normas jusfundamentais na relação particular.

O debate acerca da ausência de um processo devido com possibilidade de contraditório e ampla defesa acirrou-se e o art. 57 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, passando o dispositivo a prever expressamente que o associado em risco de exclusão tem direito a tais garantias processuais, nos termos do estatuto, consagrando a Lei o que já vinha sendo feito para jurisprudência e ratificado pela doutrina.

Ou seja, hoje há ordem expressamente dirigida às entidades associativas, para que estas, no exercício de sua autonomia privada, prevejam o modo como o Direito Fundamental ao devido processo legal será observado na aplicação da penalidade de expulsão, não havendo margem para a não previsão da garantia nos estatutos.

É interessante perceber que há um silêncio na Lei Civil em relação à aplicação de outras sanções, como a suspensão ou advertência, embora doutrina⁵⁹ e jurisprudência não estejam

LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Ordinário n. 201819, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 30 mai. 2022.

59 Eis a lição de Paula S. Braga (op. cit., p. 218): “conclui-se, assim, com base nessa doutrina, que o dispositivo em questão [CC, art. 57] deve ser alvo de uma interpretação bem abrangente, para entender-se que assegurou não só a ampla defesa, mas, sim, um autêntico processo prévio orientado por todas as garantias inerentes ao devido processo legal – dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, a decisões fundamentadas e razoáveis. E mais, esse processo é exigível não só para a exclusão do associado, como também para infligir qualquer outro tipo de sanção (ex.: multa, suspensão de direitos etc.)”.

fazendo distinção entre a aplicação da penalidade de expulsão ou outras mais leves, como dá conta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. CLUBE RECREATIVO. SUSPENSÃO DO SÓCIO DE FREQUENTAR O CLUBE POR TRINTA DIAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.⁶⁰

Em relação às sociedades, o Código Civil silenciou relativamente, tendo-se que apenas o artigo 44, § 2º prevê que “as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades”. É dizer, todas as previsões contidas no art. 57, devem ser observadas nas relações travadas entre sociedade e sócio, sobretudo quando se tratar de risco de expulsão deste, ou aplicação de outras penalidades, sendo obrigatório o cumprimento do devido processo legal.

Nada obstante, o artigo 1.085 do Código Civil estabelece o procedimento para exclusão de sócio minoritário das sociedades limitadas, dispondo expressamente que somente poderá se dar a pena capital por ato de “inegável gravidade”, devidamente apurado em assembleia convocada com tal fim, desde que o estatuto respectivo haja previsto a exclusão por justa causa, sendo, em todo caso, necessária a prévia ciência do acusado em tempo hábil, para que este possa comparecer à assembleia e apresentar defesa.

Advoga Braga, que o princípio-garantia do devido processo legal foi explicitamente previsto no indigitado dispositivo, quando da exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada

60 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. Apelação Cível Nº 216167, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/08/2009. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 mai. 2022.

e que a regra deve ser aplicada por analogia em todas as formas societárias⁶¹.

Em relação às sociedades cooperativas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”.⁶²

61 BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 219.

62 DJ de 07/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 30 mai. 2022.

A controvérsia havida em torno da aplicação do devido processo legal e as garantias que lhe são decorrentes, quando se trata de aplicação de penalidades nas relações societárias ou associativas, hoje, diante das decisões da Corte Maior, não encontra mais tanta divergência.

10.2. RELAÇÕES CONDOMINIAIS

Embora o condomínio não seja legalmente considerado pessoa física ou jurídica, o Código Civil lhe dedicou atenção especial, dispondo, inclusive, sobre as sanções pecuniárias que poderão ser aplicadas aos condôminos faltosos.

O art. 1.336, I do Código Civil elaborou um sistema de aplicação de penalidade de forma graduada, sendo certo que se o condômino, praticante dos atos previstos como faltas na convenção condominial, pode ser punido, de acordo com a forma posta no ferido dispositivo legal, penalidade a ser aplicada, logicamente, pelo próprio condomínio.

A Lei Civil não traz qualquer previsão acerca da possibilidade de outras sanções que não as pecuniárias já legalmente previstas, como a restrição de áreas comuns, ou até a expulsão do condômino.

No entanto, tanto a doutrina⁶³ quanto a jurisprudência⁶⁴ têm se inclinado sobre a necessidade de aplicação do devido processo legal — principalmente a necessidade de se apresentar uma justificativa para o ato — quando o condomínio desejar

63 Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 299-307.

64 É o que se extrai da decisão emanada do TJSP: "Medida cautelar - Direito de uso do salão de festas do condomínio obstado ao condômino inadimplente - Inadmissibilidade - Imposição injustificada de restrição ao uso das áreas comuns em decorrência da inadimplência - Violação ao direito de propriedade - Discussão da dívida em regular ação de cobrança e em consignatória, ambas em trâmite - Sentença mantida - Improvida a irresignação recursal (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível Nº 0150356-03.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luiz Ambra. São Paulo, 04/07/2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19978391/apelacao-apl-1503560320068260000-sp-0150356-0320068260000-tj-sp>. Acesso em: 30 mai. 2022).

aplicar penalidades não pecuniárias, devidamente previstas na norma convencional.

O Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal enfaticamente estabelece: “as sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”.

10.3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO NA AÇÃO DE DESPEJO

O direito à habitação proveniente de contrato de locação é protegido pela Lei n. 8.245 de 1991, estabelecendo esta em seu artigo 59 que tal direito somente pode ser suprimido mediante ação de despejo, devidamente fundada nos exclusivos motivos presentes nos nove incisos do indigitado dispositivo legal.

É dizer, necessariamente o direito de o proprietário reaver seu imóvel locado a inquilino faltoso, por qualquer outro motivo expressamente previsto em lei, somente pode se dar mediante ação própria e desde que haja uma razão, devidamente comprovada processualmente, a não ser, é lógico, que as partes livremente contemplem cláusula em contrário.

Nunca é demais lembrar que o direito ao trabalho, tal qual o direito à moradia, é um direito fundamental social e ambos possuem sindicabilidade extraída da própria Constituição.

11. A NECESSIDADE DA MOTIVAÇÃO DA DESPEDIDA COMO CONSEQUÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICÁVEL À RELAÇÃO DE EMPREGO

Ao longo do tópico anterior observou-se que as normas civis, que possuem como um dos principais pilares a igualdade entre as partes, não dissentem quando o assunto é aplicação do dever de motivação dos atos punitivos nas entidades privadas, assim como também não ignoram o fato de que tal dever motiva-

cional decorre do princípio do devido processo legal, paradigma legal acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive através de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, também, que todas as normas cíveis analisadas dispõem sobre o *due process of Law*, bem assim as garantias que lhe são decorrentes nas relações privadas e que isso somente é possível diante da percepção de que todos os Direitos Fundamentais invadem os entes particulares de forma objetiva e irradiante, limitando a autonomia privada, sobretudo quando tais entidades são dotadas do que se convencionou chamar de poder privado.

Ora, se até as normas civis, que têm como paradigma a plena igualdade das partes, consagram o dever de motivação nas entidades privadas quando estas desejam aplicar penalidades aos seus componentes, com muito mais razão tal dever se impõe na relação de emprego, quando o empregador deseja a dispensa do empregado⁶⁵.

Isso ocorre porque a relação de emprego é eivada de forte poder social, sendo essa peculiaridade o principal motivo da observância dos assim denominados direitos laborais inespecíficos, como o devido processo legal e seus corolários, o dever de informação e o dever de motivação das decisões.

Quanto ao tema, é importante relembrar a lição de José João Abrantes, quando se refere à relação de emprego, pontificando que esta é eivada de grande desigualdade, sendo “precisamente aí, no caráter desigual dessas relações, que radica a necessidade de assegurar um efectivo exercício das liberdades”⁶⁶.

65 Em sentido exatamente idêntico e em outras palavras, já se manifestou Vecchi (op. cit.), assegurando que o STF já pôs fim à discussão acerca da aplicabilidade do princípio do devido processo legal às relações privadas, e tal garantia deve ser amplamente observada na relação de emprego, pois “se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente”.

66 Op. cit. p. 23.

É certo, porém, que o artigo 7º, I do Texto Constitucional consagrou como direito laboral específico — afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro já defere a proteção contra a despedida arbitrária — a proteção à relação de emprego em face da despedida arbitrária e o dever de motivação já está inserido em tal assertiva, sendo certo que a aplicação da cláusula do devido processo legal, como direito laboral inespecífico, serve para fornecer mais um supedâneo jusfundamental desenvolvido ao longo de séculos como proibição *mater* ao arbítrio.

O cidadão-trabalhador, pelo simples fato de se vincular a uma relação onde é dependente⁶⁷ não se despe da condição maior que é justamente a de ser humano, detentor de todos os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo a motivação do ato de dispensa, um direito laboral inespecífico antes mesmo, até, de ser específico.

O artigo 165 da CLT dispõe que será considerada como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro⁶⁸. É dizer, se a Constituição contém proteção diretamente dirigida ao particular-empregador para que este não pratique despedida arbitrária, significa afirmar que não se pode despedir empregados sem que haja um dos motivos apontados no referido artigo da norma laborista, demonstrando o raciocínio que não pode o empregador despedir de forma vazia, pois, assim procedendo, estará praticando ato arbitrário⁶⁹.

67 Esse é o termo técnico utilizado pela CLT e ora empregado para que se evitem futuras discussões acerca da subordinação clássica, objetiva, estrutural, reticular etc.

68 Antônio Álvares da Silva (op. cit., p. 253) não concorda com esse ponto de vista, dizendo que “essa opinião não pode ser aceita”, pois o art. 165 da CLT define o que vem a ser a dispensa arbitrária e, a contrário sensu, “a dispensa que se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro não é protegida pela Constituição, ou seja, situa-se na área de permissibilidade jurídica.

69 Essa também é a conclusão do Ministro Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 1186), para quem o Direito do Trabalho brasileiro ainda não logrou incorporar, como regra geral, a necessidade de motivação e que se isso ocorresse, “levaria ao

Em obra que precisou com maestria a questão em análise, Valdete Souto Severo ressaltou que “arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar”⁷⁰.

Relembre-se, ainda assim, que o Código Civil de 2002, em seu artigo 122, parece dialogar com a tese ora defendida, dispondo que entre as condições defesas por lei se incluem as que sujeitem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

Transplantando o regramento civilista para a contratação de emprego, é fácil perceber que o empregador não pode concentrar em suas mãos o arbítrio de dissolução do negócio jurídico, ou seja, não pode ele próprio decidir, por puro talante e sem qualquer motivação, o fim da relação de emprego, pois, assim procedendo, praticará ato defeso por Lei.

Pensar o contrário é permitir que as relações cíveis possuam regramento protetivo maior que o regramento constitucional trabalhista que, segundo os mais ortodoxos, permite a denúncia contratual vazia, sem qualquer motivação.

O raciocínio do arbítrio, concentrado na suposta possibilidade de o empregador despedir de forma vazia não se justifica em um Estado que, antes de ser de Direito, é Democrático, e põe toda a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, que não pode ser, de modo algum, ignorado pela livre iniciativa (CRFB/88, art. 170, *caput*).

O entendimento em voga, constituído em torno do direito potestativo da despedida, além de ser ato antijurídico, contrário à Constituição de ao próprio Código Civil, atenta, inclusive, contra o modelo estabelecido para a proteção dos Direitos Sociais.

Tenha-se como exemplo a Lei n. 8.245 de 1991, que protege o direito de habitação (CRFB, art. 6º) do inquilino, somente

fim da dispensa meramente arbitrária no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial”.

70 SEVERO, Valdete Souto. O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 135.

permitindo que este deixe o imóvel contra a sua vontade, desde que haja um motivo relevante, expressamente apontado pela aludida Lei.

Se o direito de habitação (melhor dizendo, o direito social à moradia) é acobertado por norma de tal conotação, onde as partes são plenamente iguais, com mais razão ainda o mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao direito ao trabalho, igualmente previsto na Constituição no rol dos Direitos Sociais.

Diante da análise das normas civilistas que pregam e asseguram a motivação quando as entidades privadas desejam aplicar penalidades, resta evidente que há uma grande aporia firmada em torno da ideia de faculdade de o empregador despedir empregados sem qualquer apresentação de motivos, justamente na relação de emprego, extremamente assimétrica e permeada de forte poder social, onde o dever de apresentação de motivos se faz ainda mais necessário.

A função de um Estado que se propõe comprometido com a realização dos Direitos Fundamentais é questionável diante da ausência da desejada Lei Complementar para regulamentar o artigo 7º, I do Texto Constitucional de 1988, em evidente desproteção para os trabalhadores. O que é mais curioso é que a insuficiente proteção estatal se dá exatamente na relação cujo paradigma principal é a proteção do ser humano trabalhador.

As soluções para a aporia apresentada são diversas, desde a mais simples, até as mais ousadas, segundo a qual tal dispositivo é direito de liberdade⁷¹ e, como tal, deve ser interpretado

71 Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 10 ed. 2009, p. 174).

tendo-se a sua mais alta eficácia, passando pela eficácia plena da primeira parte do Texto Constitucional analisado, possuindo a segunda parte baixa eficácia normativa, até se chegar à eficácia do devido processo legal na relação de emprego, sendo o dever motivacional uma de suas peculiaridades.

12. NOTAS CONCLUSIVAS

O Estado-Legislator é objetivamente vinculado ao Texto Constitucional. Significa dizer que ao exercer o seu mister, o Poder Legislativo não é livre, não desempenha atividade originária, sendo, ao revés atrelado à Constituição Federal de 1988.

Ignorando essa premissa, o artigo 477-A da CLT permite a equivalência entre as despedidas individuais e coletivas, estatutando em ambas a permissão da denúncia contratual vazia, em clara ofensa ao artigo 7º, I da Constituição Federal de 1988, bem assim ao princípio do devido processo legal, que vincula entidades estatais e particulares e, como direito laboral inespecífico, penetra na relação de emprego, impedindo a cessação contratual sem motivos socialmente justos.

14. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: **Revista do TRT - 9ª Região**. Curitiba ano 35, n.65, Jul./ dez. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. **Direitos fundamentais como limites à autonomia privada**. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

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

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**: relações de trabalho e relação de emprego. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Direito Fundamental ao Trabalho**: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

IBARRECHE, Rafael Sastre. **El derecho al trabajo**. Madrid: Editora Trotta, 1996.

LUÑO, Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Abuso de direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível N° 2.0000.00.480020-4/000(1)*, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais**. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, São Paulo: LTr, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível N° 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível N° 216167*, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/08/2009. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 11 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006.

SCHWABE. Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SEVERO, Valdete Souto. **O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Da limitação do poder de despedir – a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais**. In.: **Revista LTr**. v. 74, n. 02, fev/2010, p. 74-02/242-74-02/250.

SILVA, Antônio Álvares da. **A Convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996.

_____. **Proteção contra a dispensa na nova Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

O exercício da *Magistratura* é ciumento, gosta de ser solitário, mas nisso se camufla um grande perigo, que é a inexistência da troca de diálogo social, diante de tamanho isolamento. É muito comum ouvir queixas relacionadas à carreira, sobretudo em época de cortes orçamentários, falta de perspectiva promocional, reforma previdenciária e constantes ameaças de aniquilação de uma Classe inteira. Nesse cenário, uma pergunta emerge: como ressignificar a carreira, diante de tantos desafios? Na certeza de que não há uma resposta ótima, mas na perspectiva de que existe muita alegria no ambiente acadêmico, é que a Escola Judicial do Tribunal do Trabalho da Quinta Região propôs que a magistratura se expressasse, para além das audiências e sentenças, e o resultado é esta obra ímpar.



instagram: @escolajudicial
site: escolajudicial.trt5.jus.br

   EDITORIAL CASA

