

Edição comemorativa:

XXXI
COMAT
CONGRESSO DE MAGISTRADOS
TRABALHISTAS DA BAHIA

- Afonso de Paula Pinheiro Rocha
- Alberto Bastos Balazeiro
- Alexandra Maciel Veiga
- Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig
- Célio Pereira Oliveira Neto
- Clarissa Maçaneiro Viana
- Emanuel Neves de Lima
- Enoque Ribeiro dos Santos
- Felipe Santos Estrela de Carvalho
- Flávia Moreira Guimarães Pessoa
- Flávia Piovesan
- Geovane de Assis Batista
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Laísia Carla de Carvalho Silva
- Lawrence Estivalet de Mello
- Lorena Vasconcelos Porto
- Luciana Paula Conforti
- Ricardo José Macêdo de Britto Pereira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques
- Vilma Leite Machado Amorim

Vistos etc.

Revista da Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Em homenagem aos magistrados
Raymundo Antônio Carneiro Pinto
e José Pinheiro Guimarães, *in memoriam*.

Nº 18 • 2022



Autores:

- Afonso de Paula Pinheiro Rocha
- Alberto Bastos Balazeiro
- Alexandra Maciel Veiga
- Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig
- Célio Pereira Oliveira Neto
- Clarissa Maçaneiro Viana
- Emanuel Neves de Lima
- Enoque Ribeiro dos Santos
- Felipe Santos Estrela de Carvalho
- Flávia Moreira Guimarães Pessoa
- Flávia Piovesan
- Geovane de Assis Batista
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Laísla Carla de Carvalho Silva
- Lawrence Estivalet de Mello
- Lorena Vasconcelos Porto
- Luciana Paula Conforti
- Ricardo José Macêdo de Britto Pereira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques
- Vilma Leite Machado Amorim

Vistos etc.

Nº 18 – 2022

Revista da



REVISTA VISTOS
Conselho Editorial

- Guilherme Guimarães Ludwig (Coordenador)
- Aloisio Cristóvam dos Santos Júnior
- Edilton Meireles De Oliveira Santos
- Marcelo Rodrigues Prata
- Monique Fernandes Santos Matos
- Rodolfo Mario Veiga Pamplona Filho
- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

AMATRA5 – DIRETORIA

Presidente

- Guilherme Guimarães Ludwig

Vice-Presidente

- Manuela Hermes de Lima

Diretor De Prerrogativas

- Leonardo de Moura Landulfo Jorge

Diretor-Secretário

- Agenor Calazans da Silva Filho

Diretora Tesoureira

- Ana Paola Santos Machado Diniz

Diretor Cultural

- Aloisio Cristovam dos Santos Junior

Diretor Social, Esporte e Lazer

- Alvaro Marcos Cordeiro Maia

Diretora de Comunicação

- Maria Angela Magnavita Sampaio

Diretora de Aposentados e Pensionistas

- Rosemeire Lopes Fernandes

Diretora de Cidadania e Direitos Humanos

- Adriana Manta da Silva

Diretor Da Ematra5

- Joalvo Carvalho de Magalhães Filho

CONSELHO FISCAL

Titulares:

- Gilmar Carneiro de Oliveira
- Marama dos Santos Carneiro
- Valtércio Ronaldo de Oliveira

Suplentes:

- Viviane Christine Martins Ferreira Habib
- Gabriela de Carvalho Meira Pinto

CONSELHO DE ÉTICA

Titulares:

- Rubem Dias do Nascimento Junior
- Franklin Christian Gama Rodrigues
- Edllamar Souza Cerqueira

Suplentes:

- Marcos Oliveira Gurgel
- Nadva Nascimento da Cruz
- Anderson Rico Moraes Nery

Revista AMATRA-V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

v. I, nº 18 (2022). – Salvador: AMATRA 5, 2022.

ISSN 977.2238-0353

1. Direito do trabalho – Brasil. 1. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

Sumário

Apresentação.....	9	Do precário ao perene: oportunidades na negociação coletiva para conformação do teletrabalho pós-pandemia.....	37
<i>Guilherme Guimarães Ludwig</i>		<i>Célio Pereira Oliveira Neto</i>	
<i>Aloisio Cristovam dos Santos Junior</i>			
Um preito de recordação e saudade	11	1. Introdução.....	37
<i>José Augusto Rodrigues Pinto</i>		2. Balanço do Teletrabalho durante a Covid-19	38
		2.1. Teletrabalho precário	38
Pinheiro: um símbolo de vida.....	13	2.2. Aprovação e necessidade de conformação	38
<i>Agenor Calazans da Silva Filho</i>		3. Oportunidades na negociação coletiva.....	40
		3.1. Formação profissional e (re)capacitação	41
Sistema de precedentes e o RE nº 1.298.647/SP (Tema nº 1.118) – Comunicação institucional e os potenciais efeitos indutivos para formação de um <i>compliance</i> público nas contratações terceirizadas	15	3.2. Integração, prevenção e inclusão	42
<i>Alberto Bastos Balazeiro</i>		3.3. Ausência ou controle de jornada.....	43
<i>Afonso de Paula Pinheiro Rocha</i>		3.4. Desconexão	43
1. Introdução.....	15	3.5. Monitoramento a distância	45
2. Contexto geral do re nº 1.298.647/SP (tema nº 1.118).....	16	3.6. Regras para o consentimento	47
3. A questão jurídica subjacente e as implicações de percepções por diferentes culturas judiciais – efeitos de uma boa-fé objetiva e função social do contrato público de terceirização	18	3.7. Fiscalização in loco	48
4. Os potenciais efeitos indutivos do caso sobre o <i>compliance</i> público nas contratações terceirizadas.....	20	3.8. Ônus da atividade	49
5. Conclusão.....	23	4. Considerações finais	49
6. Referências	23	5. Referências	50
		As novas redes de acesso ao sistema de justiça trabalhista à luz da teoria dos sistemas autopoieticos.....	53
Direitos fundamentais e o princípio do não retrocesso social em tempos de pandemia.....	25	<i>Enoque Ribeiro dos Santos</i>	
<i>Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig</i>		1. Introdução.....	53
1. Introdução.....	25	2. A Constituição Federal de 1988, os novos instrumentos de tutela coletiva e o acoplamento estrutural.....	53
2. A dignidade humana e o valor social do trabalho	26	3. O microsistema de tutela molecular na Constituição Federal de 1988	57
3. O princípio da vedação ao retrocesso social e a dignidade humana.....	29	4. A Constituição Federal de 1988 e os legitimados.....	62
4. A teoria da reserva do possível, o equilíbrio entre os recursos disponíveis e a garantia do patamar mínimo civilizatório.....	33	5. Considerações finais	63
5. Considerações finais	35	6. Referências	64
6. Referências	36	O Direito do Trabalho nas fronteiras do Antropoceno	65
		<i>Felipe Santos Estrela de Carvalho</i>	
		1. Introdução.....	65
		2. Reforma trabalhista e a corrosão do meio ambiente do trabalho no Brasil.....	68

3. Antropoceno/Capitaloceno: natureza e Direito do Trabalho em ruptura sociometabólica	74
4. Para continuar debatendo	77
5. Referências	77

**Desafios materiais e processuais
da Justiça do Trabalho na sociedade 4.0 81**
Emanuel Neves de Lima

1. Introdução.....	81
2. Evolução das relações de trabalho	82
3. Elementos da relação de emprego e a relativização da norma	83
4. Meios telemáticos e flexibilização dos atos processuais	85
5. Considerações finais	88
6. Referências	89

**Poder Judiciário,
acesso à justiça e equidade..... 91**
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Vilma Leite Machado Amorim

1. Introdução.....	91
2. A atuação do CNJ na promoção da equidade e da democratização do acesso à Justiça	91
2.1. O acesso à Justiça e os princípios da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação.....	91
2.2. A democratização do acesso à Justiça enquanto instrumento de materialização dos direitos fundamentais.....	92
2.4. O papel do CNJ na promoção da equidade e do acesso à Justiça amplo.....	95
3. Considerações finais	98
4. Referências	98

**Direito ao Trabalho Decente
e a Proteção Internacional
dos Direitos Sociais 101**
Flávia Piovesan

1. Introdução.....	101
2. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos e os Direitos Sociais.....	101
3. A Proteção dos Direitos Sociais e do Direito ao Trabalho Decente no Sistema Global e no Sistema Regional Interamericano	107
4. A Proteção dos Direitos Sociais no âmbito Sul-Americano: desafios do <i>ius commune</i>	116

**A Lei 14.442/2022 e a alteração
da disciplina do teletrabalho
na consolidação das leis do trabalho 123**
Guilherme Guimarães Ludwig

1. Introdução.....	123
2. Inovações permanentes no teletrabalho	124
3. Teletrabalho e duração da jornada.....	125
4. Estagiários e aprendizes	127
5. Enquadramento sindical	127
6. Aplicação espacial da norma brasileira	128
7. Despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial.....	128
8. Empregados com deficiência e com filhos ou criança sob guarda judicial.....	129
9. Conclusões	129
10. Referências	130

**Precarização social
do trabalho de profissionais
da enfermagem na pandemia COVID-19 131**
Lawrence Estivalet de Mello
Clarissa Maçaneiro Viana
Alexandra Maciel Veiga

1. Introdução.....	131
2. Composição social e modalidades de contratação de profissionais de enfermagem	132
3. Efeitos da pandemia nas condições de trabalho e suas repercussões jurídicas.....	135
4. Considerações finais	138
5. Referências	138

**Liberdade sindical
e controle de convencionalidade..... 141**
Lorena Vasconcelos Porto
Ricardo José Macêdo de Britto Pereira

1. Introdução.....	141
2. A liberdade sindical	141
3. A Opinião Consultiva OC-27/21, de 05 de maio de 2021.....	145
4. O controle de convencionalidade e a aplicação obrigatória da Opinião Consultiva OC-27/21.....	146
5. O revigoramento do controle de convencionalidade na perspectiva europeia.....	148
6. Conclusão.....	149
7. Referências	150

Acidentalidade Brasil e a proteção do meio ambiente de trabalho como princípio fundamental da OIT: o caso dos frigoríficos 151

Luciana Paula Conforti

1. Introdução..... 151
2. Acidentalidade no Brasil e saúde e segurança no trabalho como princípio fundamental da OIT 152
3. Acidentes e doenças ocupacionais no setor de frigoríficos e a proposta de alteração da NR 36..... 154
4. Conclusão..... 157
5. Referências 158

Racismo estrutural e reparação civil: novos rumos para velhas questões..... 159

Rodolfo Pamplona Filho

Laísila Carla de Carvalho Silva

1. Introdução..... 159

2. Racismo estrutural no Brasil..... 159
3. A ampliação do debate acerca do racismo estrutural..... 161
4. Racismo estrutural e reparação civil..... 163
5. Conclusão..... 165
6. Referências 165

Acerca da citação editalícia no procedimento sumariíssimo: uma garantia constitucional na processualística trabalhista 167

Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques

Geovane de Assis Batista

1. Introdução..... 167
2. Processo e Procedimento 167
3. Do procedimento sumaríssimo no processo do trabalho 168
4. Considerações finais 172
5. Referências 172

Apresentação

É com muita alegria que submetemos à apreciação do leitor mais uma edição da *Revista Vistos etc.*, publicação da Amatra5 que tem como objetivo promover a reflexão sobre temas jurídicos ligados à seara trabalhista, inclusive em uma necessária perspectiva inter e transdisciplinar que harmonize o direito e o processo do trabalho com outros ramos e domínios da ciência.

Estamos agora na 18ª edição, que versa sobre os seguintes temas: a) Trabalho Decente e Tutela do Trabalhador; b) Liberdade Econômica e Direito do Trabalho; c) Discriminação Laboral; d) Liberdade Sindical; e) Processo do Trabalho e Tecnologia. São, portanto, assuntos de adquirida envergadura na atualidade do Mundo do Trabalho e que dialogam em absoluto com o temário do XXXI Congresso de Magistrados Trabalhistas da Bahia, no qual ocorre o lançamento da obra.

Os artigos que ocupam a presente edição são de extrema relevância ao debate dos referidos temas. Os seus autores são advogados, membros do Ministério Público do Trabalho e magistrados, inclusive da mais alta corte trabalhista do país. Todos eles juristas talentosos, com enorme preparo acadêmico e envolvidos diuturnamente com a luta contra a precarização do trabalho e em favor da humanização das relações trabalhistas, alinhados, assim, com o objetivo da Revista Vistos etc. de produzir reflexão de qualidade sobre temas caros à tutela do trabalho.

O nosso desejo é que os textos publicados sirvam para o aprimoramento do conhecimento em torno dos assuntos tratados, de modo a que a luta para que as relações de trabalho sejam mais saudáveis avance e conquiste mais adeptos. Neste sentido é que convidamos a todos para uma leitura que já antecipamos cativante.

Salvador, 21 de outubro de 2022

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Presidente da Amatra 5

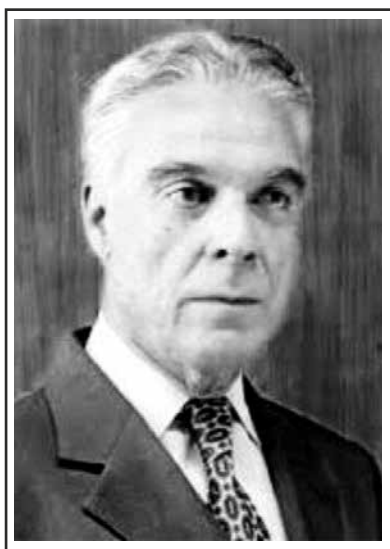
ALOISIO CRISTOVAM DOS SANTOS JUNIOR

Diretor Cultural da Amatra 5

Um preito de recordação e saudade

José Augusto Rodrigues Pinto

*Presidente Honorário e Titular da Cadeira 79
da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*



*Raymundo Antônio
Carneiro Pinto.*

É próprio da natureza humana o cultivo linear da lembrança afetiva de amigos que, por afinidades de temperamento, laços de parentesco, vínculos profissionais ou outros tantos fatores que sublimam a nobreza do caráter, nos são mais próximos na efêmera aventura da vida e assim permanecem na dolorosa memória da morte.

Esse cultivo se amplia e aprofunda na medida em que o estimula a lhanza da convivência, uma característica marcante da personalidade de Raymundo Antônio Carneiro Pinto.

Nada, portanto, mais justo e razoável do que a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região, e cada um dos seus associados, lhe manterem viva a memória com testemunhos do valor do seu contributo para o engrandecimento da cultura jurídica brasileira e, particularmente, baiana.

Tal é o sentido que, de minha parte, tentarei dar a estas singelas reflexões.

Sendo nascidos e criados em cidades distintas, a origem da minha aproximação com Raymundo Pinto situa-se em 1963, época de sua graduação em Direito, circunstância que lhe criou um vínculo o vínculo com Salvador, tornado irreversível pela investidura no cargo de Juiz Substituto do Trabalho e a posterior alçada à titularidade de sucessivas Juntas de Conciliação e Julgamento, iniciada pela de Juazeiro, da qual, coincidentemente, fui o primeiro titular.

Daí por diante, coube-me o privilégio de acompanhar-lhe ao vivo e de perto a brilhante trajetória na magistratura trabalhista, até chegar, por promoção, ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região em 2001. Nessa instância superior, além de dar continuidade ao exercício da judicatura, desempenhou com igual brilho os cargos de Corregedor Regional (2007/2009) e Vice-Presidente (2010/2011), quando se aposentou.

Sua atividade de jurista, entretanto, não ficou restrita à carreira de magistrado. Cedo se estendeu à literatura forense, conforme ilustram os conhecidos livros “Enunciados do TST Comentados”, “Mudanças do CPC e Reflexos no Processo Trabalhista” “Precedentes da Seção de Dissídios Individuais do TST” e “Guia Prático de Linguagem Forense”, de conteúdo essencialmente objetivo, todos editados pela LTr Editora de São Paulo. Estendeu-se, ainda mais à literatura ficcional com o romance “Orfandade de um Ideal” (Editora Corpo da Letra, 1992), e ao memorialismo que, por sinal, marcou seu *début* nas letras, em 1971, com a “Pequena História de Feira de Santana”.

Esses fatos foram eloquentemente determinantes de sua dupla unção com a imortalidade acadêmica pela Academia Feirense de Letras, em 1971, e pela Academia de Letras Jurídicas da Bahia, em 1991.

Ao extenso e diversificado currículo de Raymundo Pinto adiciona-se uma

ecclética e infatigável atividade administrativa em prol da Justiça do Trabalho, em cujo rol se contam a presidência da AMATRA V (1987/1989), da qual foi Tesoureiro em duas outras gestões, os mandatos cumpridos no seu Conselho de Ética e no Conselho Editorial da revista jurídica *Vistos Etc*, mantida pela instituição de classe, e a participação ativa e iterativa em múltiplos eventos culturais, sempre no destacado papel de

estimulador de debates e resoluções sobre grandes temas, tanto jurídicos quanto da Língua Portuguesa, de que foi emérito cultor.

O relevante conjunto da obra, que deixou como legado a marca indelével da presença no trato e na defesa dos postulados do Direito e da Justiça Laboral perante a sociedade brasileira, lhe valeu em 2003, o agraciamento com a valiosa Comenda Fátima Stern do Mérito Judiciário do Trabalho, instituída pela AMATRA V para homenagear, a cada ano, o vulto de maior destaque da elite de juristas pátrios por sua contribuição para o bem do Direito e da Justiça Social.

Num momento em que se congregam em torno da memória do seu vulto impar os muitos amigos e colegas com os quais partilhou as joias criadas por sua inteligência e cultura, honra-me e conforta-me prestar-lhe um modesto preito de saudade nestas singelas reminiscências que, mantendo vívida sua melhor lembrança, afastam o doloroso sentimento de perda irremediável que sempre nos deixa n'alma a partida inapelável para a eternidade daqueles que nos são mais caros.

Pinheiro: um símbolo de vida

Agenor Calazans da Silva Filho



José Pinheiro Guimarães.

Acho que ninguém pode ser descrito numa só palavra, mas, ainda assim, procurei alguma que pudesse definir a pessoa do saudoso José Pinheiro Guimarães, o “Pinheirão”. Quase serviram:

- **Discrição.** Sim, Pinheiro tinha a característica de chegar e sair sem ser notado, de tratar dos assuntos, por mais delicados que fossem, com naturalidade, sem espanto, sem constranger e sem demonstrar constrangimento;
- **Solidariedade.** Sim, Pinheiro para estar presente bastava ser chamado, sendo veraz que não se imiscuía nas conversas e assuntos alheios, mas também veraz que nunca se omitia quando solicitado a ajudar ou participar da solução de algum problema;
- **Companheirismo.** Sim, Pinheiro gostava de contar casos – eram muitos casos – e gostava de ouvir também, de modo que não havia quem chegasse à nossa Amatra5 com disposição de uma boa conversa e não encontrasse os seus sempre atentos ouvidos;

- **Bom-humor.** Sim, seus casos e contos tinham sempre uma pitada de graça e era com graça de fino humor que ele ouvia os casos que lhe eram contados;
- **Família.** Sim, Pinheiro louvava os laços familiares, sempre mencionando com perceptível afeto os nomes de sua esposa Bernadete, de suas filhas Adriana e Cristiane, de sua neta Eduarda (DUDA) e mais recentemente da netinha Valentina;
- **Exemplo.** Sim, Pinheiro é um exemplo a ser seguido, pois, uma pessoa essencialmente boa!

Haver convivido com Pinheiro nos encontros e eventos da nossa Amatra5 me permite afirmar, sem receio de erro, que quem quer que o tenha conhecido também passou a admirá-lo muito.

O seu jeito de andar sem pressa e o seu modo cadenciado de falar não retratavam o dinamismo do seu raciocínio. Adulto de mente jovem, inquieta, construtiva. Adulto integrante da juventude inconformada com as desigualdades entre as pessoas. Pinheiro, o nosso “Pinheirão” viveu assim, útil, colaborando sempre, até que a enfermidade o impediu de continuar.

Eis, pois, uma palavra que o define: “pinheiro”. O **pinheiro** simboliza a vida, pois é uma das poucas árvores que sempre se mantém verde, mesmo durante o inverno, quando a maioria perde as folhas.

Vivas ao nosso Pinheiro!

Sistema de precedentes e o RE nº 1.298.647/SP (Tema nº 1.118) – Comunicação institucional e os potenciais efeitos indutivos para formação de um *compliance* público nas contratações terceirizadas

System of precedents and RE nº. 1,298,647/SP (Topic nº. 1.118) – Institutional communication and the potential inductive effects for the formation of public compliance in outsourced contracts

Alberto Bastos Balazeiro*

Afonso de Paula Pinheiro Rocha**

RESUMO: O artigo apresentou o argumento de que o sistema de precedentes pode ter efeitos práticos na indução de comportamentos dos atores sociais favorecendo um efetivo *compliance* trabalhista em contratações públicas. Delineou-se o histórico da dinâmica da responsabilidade subsidiária aplicada a entes públicos no âmbito da Justiça do Trabalho e na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Demonstrou-se que a apreciação do Tema de Repercussão Geral nº 1.118 pelo Supremo Tribunal Federal pode fixar balizas jurídicas sobre a configuração de responsabilidade subsidiária em contratações públicas que, por sua vez, podem ter efeitos indutivos positivos na edição de normativos e boas práticas de fiscalização nos contratos que envolvam mão de obra terceirizada. Apresenta-se ao final a conclusão do potencial indutivo do sistema de precedentes, dentro de uma noção de economia comportamental e estrutura de incentivos para a administração pública, se apresenta como uma bússola adequada para direcionar os debates e as reflexões as Suprema Corte.

PALAVRAS-chave: Precedentes. Contratação Pública. Terceirização. Responsabilidade. *Compliance*.

ABSTRACT: The article presented the argument that the system of precedents can have practical effects in inducing the behavior of social actors, favoring effective labor compliance in public contracts. The history of the dynamics of subsidiary responsibility applied to public entities in the scope of Labor Justice and in the constitutional jurisdiction of the Federal Supreme Court was outlined. It was demonstrated that the appreciation of the General Repercussion

Theme nº 1.118 by the Federal Supreme Court can establish legal guidelines on the configuration of subsidiary responsibility in public contracts, which, in turn, can have positive inductive effects in the edition of regulations and good inspection practices. in contracts involving outsourced labor. A conclusion of the inductive potential of the system of precedents is presented at the end, within a notion of behavioral economics and incentive structure for public administration itself as an adequate compass to direct the debates and reflections of the Supreme Court.

KEYWORDS: Precedent. Public Contracting. Outsourcing. Responsibility. Compliance.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contexto geral do Re nº 1.298.647/Sp (tema nº 1.118). 3. A questão *jurídica* subjacente e as implicações de percepções por diferentes culturas judiciárias – efeitos de uma boa-fé objetiva e função social do contrato público de terceirização. 4. Os potenciais efeitos indutivos do caso sobre o *compliance* público nas contratações terceirizadas. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A compreensão do contexto institucional e da composição de interesses dos múltiplos atores sociais e institucionais em demandas jurídicas sensíveis torna-se essencial na contemporaneidade para que se possa efetivamente apreender a sistematicidade nos posicionamentos dos Tribunais Superiores.

Também é inegável que, em algum grau, deve-se reconhecer uma “virada pragmática” na composição dos julgados, sendo o Poder Judiciário um foro de discussão (e definição prática) de desafios e outras demandas sociais relevantes.

Buscando agregar valor à discussão constitucional corrente perante a Suprema Corte Brasileira,

(*) Alberto Bastos Balazeiro, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Ex Procurador-Geral do Trabalho. Doutorando em Direito. Mestre em Direito – UCB.

(**) Afonso de Paula Pinheiro Rocha, Procurador do Trabalho em Mossoró/RN – Secretário Jurídico Adjunto/PGT – Membro do grupo interinstitucional de apoio nos Temas de Repercussão Geral e Edição de Súmulas Vinculantes do MPU (GIARESV) – Doutor em Direito Constitucional/Unifor – MBA em Direito Empresarial – FGV/Rio – Pós Graduando em Controle na Administração Pública/ESMPU.

optou-se com este artigo em não analisar de forma retrospectiva um determinado caso, mas voltar o olhar a um tema ainda em desenvolvimento para exatamente destacar as potencialidades indutivas do precedente que possa ser firmado pela Corte Suprema.

Com efeito, é comum analisar os impactos de uma decisão já posta e entender as razões determinantes do precedente após a sua efetivação. Aqui se propõe perceber que a lógica dos precedentes demanda inclusive uma análise prospectiva prévia, em verdadeiro viés consequencialista para adequar de antemão o julgado às necessidades práticas de sua implementação.

O RE nº 1.298.647/SP (Tema nº 1.118) é emblemático neste sentido, pois, a depender do conteúdo, irá moldar toda uma cultura judiciária trabalhista em face do que se espera da administração pública na fiscalização dos contratos de terceirização que celebra.

Assim, é hipótese deste artigo que a lógica dos precedentes pode ser instrumentalizada de forma a gerar um conjunto de intervenções, fundadas em premissas de economia comportamental, que venham não só a conferir segurança jurídica e uniformidade na aplicação da responsabilidade subsidiária, como também possam gerar um conjunto de incentivos para uma conduta para eficiente por parte dos entes públicos e focada em um *compliance* administrativo aprimorado.

Para este desiderato, far-se-á a análise do contexto e o histórico no qual se insere RE nº 1.298.647/SP, seguido de um estudo mais abstrato das questões jurídicas subjacentes e seus embasamentos dogmáticos. Após, com base nessa pré-compreensão, delinear-se-á o enfoque próprio ao exame do caso, notadamente correlacionando a natureza da responsabilidade subsidiária e as potenciais implicações do precedente que venha ser formado para a conduta dos atores sociais relevantes.

2. CONTEXTO GERAL DO RE Nº 1.298.647/SP (TEMA Nº 1.118)

O RE nº 1.298.647/SP consubstancia recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo, por supostas violações aos arts. 5º, II, 37, caput, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal, em face de acórdão do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho – TST (8ª Turma). O julgado apontou competir ao ente público o ônus da prova, na medida em que a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei.

O referido julgado ainda foi expresso em indicar que não se tratava de declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apenas de fixação concreta da extensão do entendimento consubstanciado no Tema nº 246 de Repercussão Geral, que não teria fixado ponto específico sobre a forma de distribuição concreta do ônus da prova.

Reconhecida a repercussão geral do tema, convém perceber que a mesma é apenas mais uma etapa da esteira de entendimentos e discussões subsequentes ao julgamento da ADC nº 16 e do RE nº 760931.

Com efeito, esse próprio histórico parece corroborar o ponto que se deseja fazer neste artigo. Desde a ADC nº 16, o STF já começa a indicar caminhos mais concretos para a instrumentalização da postura dos magistrados quando da avaliação de casos envolvendo inadimplementos trabalhistas em empresas contratadas pelo poder público e a extensão da responsabilidade deste.

Aqueles que defendem a impossibilidade abstrata de responsabilização argumentam que os julgados, ao elencar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sepultaram a possibilidade de responsabilização subsidiária. Já os opositores a esta tese, reiteram as passagens das transcrições dos próprios julgados onde os Ministros ressaltam que existem possibilidades de configuração da responsabilidade na falência da fiscalização.

Formam-se polos de entendimento e muito pouco se discute sobre o que seria a efetiva fiscalização ou mesmo qual o padrão mínimo de diligência para que se possa afastar a configuração de uma fiscalização deficitária, o que, por sua vez, abriria espaço para a responsabilização.

Assim, seria possível fazer uma escala de contextos.

Primeiro, uma aplicação automática da Súmula nº 331 do TST, configurando a responsabilidade subsidiária pelo mero inadimplemento. Essa situação, de fato, já foi afastada, pois a transferência automática de responsabilidade – leia-se, sem qualquer diligência ou avaliação probatória sobre culpa ou falha de fiscalização – implicaria, como decidido pelo Excelso STF, em declaração transversa de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Segundo, superado o contexto anterior, passou-se a registrar a culpa *in vigilando* no curso dos contratos administrativos quando ocorre o inadimplemento pela empresa terceirizada. A magnitude e o

volume de casos perante a Justiça do Trabalho parece dar contornos tais de uma imputação automática, quando os magistrados ressaltam que configurada a omissão nos deveres legais por parte da contratada ocorreu a culpa *in vigilando* e, portanto, configura-se a responsabilidade subsidiária.

É esse segundo contexto que gerou a questão subjacente ao Tema nº 1.118. De fato, quando não se discute em profundidade qual o conteúdo do dever de fiscalização, fica-se diante de uma verdadeira objetivação da responsabilidade.

A ocorrência do ilícito trabalhista não pode, em si mesma, ser o fundamento de responsabilidade, pois o que se discute é o dever jurídico de fiscalização e não o seu resultado. Por outro lado, isso não significa reconhecer que qualquer fiscalização (o mais comum é a mera exigência das guias de recolhimento do FGTS e INSS por parte dos fiscais de contrato) desonera o ente público de toda responsabilidade.

Nem uma inversão automática e draconiana do ônus da prova, nem uma leniência plena com qualquer forma de fiscalização devem prevalecer. Devem ser afastadas as noções de responsabilidade e irresponsabilidade objetiva. Com efeito, cada caso concreto demandará saber exatamente qual o padrão de conduta foi adotado pela administração pública.

Assim, reputa-se que o contexto atual foi melhor delineado e apreciado pela manifestação da Procuradoria-Geral da República em parecer lançado nos autos do RE nº 1.298.647/SP:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1118. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENCARGOS TRABALHISTAS. TERCEIRIZAÇÃO. PRESTADORA DE SERVIÇO. INADIMPLEMENTO. ESCOLHA. FISCALIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COOPERAÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. APTIDÃO. ATO ADMINISTRATIVO. FORMALIZAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1118 da sistemática da Repercussão Geral: “Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)”.

2. As decisões proferidas na ADC 16/DF e no RE 760.931/DF (Tema 246 da Repercussão Geral), no sentido da impossibilidade

de responsabilização subsidiária automática do poder público pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas pela empresa contratada, permitem o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública quando comprovada sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

3. Conforme entendimento firmado no julgamento da ADC 16 (DJe 9.9.2011), o reconhecimento da culpa da Administração Pública decorrente da omissão na obrigação de bem escolher e fiscalizar o cumprimento de obrigações trabalhistas por parte de empresa contratada é apto a ensejar a responsabilização subsidiária do ente público por direitos inadimplidos, sem que isso signifique juízo de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993.

4. O art. 121, §§ 1º e 2º, da nova lei de licitações – Lei 14.133/2021 –, prevê expressamente que, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

5. A gestão dos riscos decorrentes da opção pela terceirização, nos quais se inclui a ocorrência de fraude e corrupção, há de ser considerada, prevista e evitada pela Administração em suas atividades, com mecanismos capazes de identificar, analisar e tratar incidentes com potenciais lesivos ao Poder Público, impedindo ou minimizando seus impactos.

6. É do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de comprovar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho firmados entre a empresa prestadora dos serviços e seus empregados, com base na aplicação do princípio da aptidão da prova e na obrigação da Administração Pública de fiscalização da execução do contrato.

7. A atribuição do *onus probandi* ao trabalhador demandante, quanto à omissão eletiva ou fiscalizatória estatal, imputando-lhe prova de alta dificuldade ou mesmo impossível, vai de encontro aos deveres de cooperação e ao princípio da igualdade, retirando a eficácia prática da obrigação de monitoramento inerente à opção pela terceirização do serviço.

– Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e pela fixação das seguintes teses:

Na caracterização da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos

encargos trabalhistas de empresa terceirizada:

I – É ônus do trabalhador que alega o descumprimento de obrigações trabalhistas pela terceirizada demonstrar o vínculo com a empresa contratada pela Administração Pública.

II – É ônus do ente público demonstrar que cumpriu os deveres de boa escolha e fiscalização contratual adequada, periódica, documentada e publicizada, voltados a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada, englobando, no mínimo: a existência de regulamentação prevendo o modo e a frequência da fiscalização por seus agentes do cumprimento das obrigações trabalhistas; a efetiva realização das fiscalizações em relação à empresa.

Perceba-se que é o opinativo do *Parquet* incorpora uma tônica estrutural de constituição dos padrões mínimos do que seria uma fiscalização que se espera de um agente público.

De plano, saliente-se que não se está querendo levar às instâncias superiores avaliações de natureza fática, mas elementos abstratos de cognição que compõe o juízo mínimo de avaliação do julgador na hora de aferir do dever de fiscalização – notadamente, comprovação da regular forma de escolha, contratação e regulamentação da forma de fiscalização de modo efetivo e periódico.

É nesse ponto que a premissa de uma fiscalização substancial como cerne de configuração da responsabilidade subsidiária encontra consonância com a atual doutrina relativa aos deveres contratuais e a formação de redes contratuais.

3. A QUESTÃO JURÍDICA SUBJACENTE E AS IMPLICAÇÕES DE PERCEPÇÕES POR DIFERENTES CULTURAS JUDICIÁRIAS – EFEITOS DE UMA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO PÚBLICO DE TERCEIRIZAÇÃO

É inegável que a obrigação de fiscalização é consequência direta da aplicação das Leis 8.666/1993 e 14.133/2021, este último permissivo, inclusive, com previsão do tema de modo expresso nos artigos 104, III, e 117, caput e § 1º. Nesse contexto, indaga-se, o que configuraria uma “fiscalização substancial” para fins de afastar o preceito da culpa *in vigilando*?

A etapa preliminar de qualquer fiscalização no tema remota à atuação clássica da advocacia pública

no âmbito licitatório e na celebração de contrato administrativo seguidos de pareceres antecedentes a pagamentos normalmente amparados apenas na apresentação de guias ou certidões de recolhimentos previdenciários e fundiários e na indicação que a referida terceirizada foi contratada de forma regular.

Perceba-se que se trata de postura meramente formal e que não aborda questões mais profundas tais como: foi efetivamente regular o processo de contratação? Os servidores responsáveis pela contratação foram adequadamente treinados para avaliar a economicidade das propostas apresentadas no processo licitatório? Foi realizada alguma diligência de pesquisa sobre a idoneidade da empresa terceirizada? Existe algum acompanhamento periódico e de campo com os trabalhadores terceirizados? Existe alguma ouvidoria pública para receber denúncia sobre eventuais ilícitos trabalhistas no curso do contrato? Existe algum acompanhamento/atualização das garantias contratuais? Existe postura proativa do ente público de aplicar penalidades por irregularidades trabalhistas? Ou reter faturas, consoante as cláusulas contratuais, para pagamento direto?

Existe uma infinidade de questões que aparentemente recaem em um hiato entre a percepção de duas culturas jurídicas, uma trabalhista (mais própria aos magistrados do trabalho) e uma cultura administrativista (afeta à justiça comum).

Perceba-se que o ilícito trabalhista terceirizado é tão recorrente – especialmente em municípios de pequeno e médio porte – que o magistrado trabalhista possui um incentivo sistêmico de simplesmente pressupor a falha na fiscalização, dado o volume empírico e percepção diária de uma diligência mínima que os entes públicos apresentam. Assim, o desenho institucional, tende a levar à aplicação quase imediata da inversão do ônus e avaliação automática de insuficiência da diligência probatória de fiscalização.

Por outro lado, a cultura mais administrativista, tende a pressupor a regularidade dos processos e procedimentos administrativos, ainda que sob uma perspectiva mais formal, redundando em um desejo de que a parte trabalhadora é que prove onde ocorreu substancialmente a falha na fiscalização.

Esse choque de culturas e suas precompreensões redundam por eclipsar a realidade básica de que se formou uma estrutura contratual na qual estão inseridos o ente público, a empresa terceirizada e o trabalhador. Talvez o resgate dessa percepção seja útil para evidenciar qual o cerne sobre o qual

o Excelso Supremo Tribunal Federal poderá tratar da matéria.

O estado da arte do direito civil-contratual volta-se recorrentemente para a análise da extensão dos efeitos de elementos como boa-fé e função social do contrato. Os artigos 421 e 422, do Código Civil, são cláusulas abertas que consagram a função social do contrato e a boa-fé, respectivamente.

Embora o diploma legislativo referencie “boa-fé” sem adjetivação subsequente, a doutrina faz divisão entre feição subjetiva e outra objetiva. Consoante Judith Martins-Costa:

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo (COSTA, 1999, p. 411)

A boa-fé objetiva possui função nomogenética de criação de deveres jurídicos. Impõe deveres que não decorrem diretamente de lei expressa ou de termos pactuados no contrato subjacente, mas de complementação doutrinário-jurisprudencial do que é entendido pelas cortes como comportamento contratual de cuidado e probidade. Sinteticamente, para Antônio Lago Júnior:

Entretanto, a par dos deveres de prestação, que incumbem ordinariamente ao devedor, existem os denominados deveres de conduta (*Nebenpflichten*) – também chamados de deveres instrumentais, laterais, anexos de conduta ou ainda deveres

de proteção – impostos tanto ao devedor, quanto ao credor, e que independem da vontade das partes, decorrem da aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Em que pese não interessem diretamente ao cumprimento da prestação principal, tais deveres se relacionam à perfeita e exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação jurídica obrigacional.

Portanto, no estágio atual do direito, compreende-se que toda relação jurídica obrigacional contém, além dos deveres principais de prestação, decorrentes do exercício da autonomia da vontade dos seus sujeitos, deveres outros, ditos instrumentais e “avoluntaristas”, decorrentes automaticamente do princípio da boa-fé objetiva – i.e., independentemente de expressa previsão legal ou contratual. (LAGO JÚNIOR, 2013, p. 230/231)

Ruy Rosado de Aguiar Júnior também ressalta que a boa-fé é o mecanismo pelo qual se permite a incidência de dever geral de fidelidade e de garantia em relação ao objetivo contratual, pois:

[...] a boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade, e, por isso, a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se medem somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes. A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual. O princípio da boa-fé significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar da confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, sendo, pois, mister que se proceda tal como se espera que o faça qualquer pessoa que participe honesta e corretamente do tráfego jurídico. (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 238)

Por sua vez, a violação dos deveres anexos deriváveis da cláusula geral de boa-fé objetiva, do dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, implica ilícito contratual e, conseqüentemente, chama a incidência da responsabilidade civil contratual¹.

1. Nesse sentido, o STJ já reconheceu a responsabilização civil pelas violações de deveres anexos, a exemplo do julgado: STJ – REsp 1.276.311 – (2008/0236376-7) – 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 17.10.2011.

Some-se a essa percepção que a própria noção de terceirização decorre da evolução natural das formas de organização social também para a administração pública. É o reconhecimento de que as relações complexas da atualidade demandam um intrincado conjunto, verdadeiro novelo de liames contratuais, para a realização de várias atividades econômicas. A contemporaneidade é marcada por contratos coligados e redes contratuais.

Assim, para além de uma relação contratual especificamente considerada – é importante indagar quais os efeitos intercontratos, em face dos contratos coligados e mesmo os efeitos para toda a rede contratual como sistema, dada a estrutura e finalidade comuns que demandam compreensão unificada do fenômeno. Consoante Ricardo Lorenzetti:

A teoria jurídica que permite explicar e estabelecer regras para solucionar os conflitos que provêm das redes não pode deixar de considerar a novidade que estas apresentam. O enfoque não pode se basear no contrato, mas na integração de um grupo deles que atuam em forma relacionada, de modo que o contrato é um instrumento para a realização de negócios. Este enfoque permite estabelecer que exista uma finalidade negocial supra contratual que justifique o nascimento e o funcionamento de uma rede. O grupo que surge dessa maneira não é apenas uma união convencional de contratos, que pode ser analisada mediante o exame dos vínculos individuais. Se requer uma compreensão do sistema e por ele de uma teoria sistêmica (LORENZETTI, 1998, p. 197).

Logo, há de se perquirir como os elementos de solidariedade contratual são potencializados para a realidade sistêmica das redes contratuais. Exsurge um conjunto de deveres laterais apontando para um padrão de conduta de lisura, probidade e cooperação, que ocorrem em fase pré ou pós contratual e inclusive de modo supracontratual concomitantemente ao contrato e em face de terceiros (NORONHA, 2010, p. 149).

Nessa lógica, é possível derivar algumas obrigações dos integrantes da rede contratual, notadamente: a) conduta voltada para a manutenção do sistema; b) observância da reciprocidade das diversas obrigações dentro do sistema; c) dever de proteção das diversas relações internas mediante um compromisso de lealdade e transparência (TORRES, 2007, p. 88).

Esses deveres acessórios ou laterais, se tomados com a dinâmica da própria rede, podem levar à constituição de efeitos para-contratuais e

consequências jurídicas autônomas ultrapassados os contratos singulares (LEONARDO, 2006, p.440), com destaque especial para responsabilidade civil dos agentes das redes.

Assim, tomando-se por premissa que a contratação terceirizada pública forma uma rede contratual que tem os múltiplos contratos de trabalho individuais gravitando em face de um contrato maior e estável, pois voltado ao atendimento de uma atividade essencial (funcionamento da máquina pública), é possível derivar a noção de responsabilidade subsidiária como decorrente da violação dos deveres anexos de cuidado em face da própria rede.

O dever substancial de fiscalização que parece ser o cerne a ser delineado no âmbito do Tema de Repercussão Geral nº 1.118, pode ser encontrado exatamente no juízo sobre o cumprimento do conjunto dos deveres anexos esperados, decorrentes da boa-fé objetiva e função social do contrato, tomados em perspectiva dinâmica.

Perceba-se que essa moldura hermenêutica ajuda inclusive a situar o fenômeno da inversão do ônus da prova quanto a fiscalização de forma mais substancial, considerando a conduta mais ampla da administração em face da sua rede contratos terceirizados e o dever de boa-fé e cuidado para com os trabalhadores.

4. OS POTENCIAIS EFEITOS INDUTIVOS DO CASO SOBRE O COMPLIANCE PÚBLICO NAS CONTRATAÇÕES TERCEIRIZADAS

É possível afirmar que uma das essenciais motivações para os precedentes judiciais é concretizar o princípio da eficiência e segurança jurídica por meio da uniformização das decisões judiciais. Inviável aguardar soluções legislativas cada vez mais específicas quando é possível ao Judiciário fixar entendimentos vinculantes de forma mais abstrata, após a devida maturação nas instâncias jurisdicionais, e aplicáveis a demandas de massa.

O Ministro Luís Roberto Barroso² destaca que três valores fundamentais justificam os precedentes normativos ou vinculantes, quais sejam: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência.

2. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logicaascensao.pdf>. Acesso em 02/11/2017.

Partindo da lição do Exmo. Ministro, defende-se que esses três valores não sejam avaliados exclusivamente em relação ao judiciário. O sistema de precedentes pode sim reverberar estes valores para todas as condutas estatais, especialmente quando a previsibilidade de resultados jurídicos possa ser útil para estimular ou desestimular determinados comportamentos institucionais.

Nesse ponto existe uma interface entre sistema de precedentes e a economia comportamental³, normalmente discutida no âmbito da análise econômica do direito, que vem ganhando progressivo espaço na doutrina e jurisprudência pátrias. Tornou-se tão relevante que a Resolução CNJ nº 423/2021 colocou expressamente a temática dentro do conteúdo das provas da magistratura.

Trata-se ainda de ramo interdisciplinar da ciência dedicado ao estudo do processo de decisão humana, reconhecendo que a tomada de decisão por agentes reais normalmente ocorre com assimetrias de informação, tendenciosidades e informações imperfeitas. A premissa inerente a esta seara do conhecimento é que o desenho institucional das normas vigentes pode gerar maior ou menor incentivo para um comportamento aderente ou não à previsão normativa.

Neste ponto, é que a análise consequencialista pode iluminar os impactos do precedente que irá se formar com o Tema nº 1.118.

Perceba-se que enquanto o Excelso STF não fixa os elementos da análise substancial do que é o dever de fiscalização, as concepções jurídicas tratadas no tópico anterior tendem a se entrincheirar na posição de uma responsabilização quase automática pela culpa *in vigilando* erroneamente calcada na verificação de uma violação objetiva da empresa terceirizada ou na posição de uma irresponsabilidade objetiva pressuposta na mera existência de processo licitatório ou no mero acompanhamento dos pagamentos contratuais.

Veja-se que é exatamente a falta de elementos indicativos de condutas positivas na avaliação probatória que coloca as atuais concepções em situação inercial. Tal cenário, por sua vez, é o pior possível para a prevenção do próprio ilícito. Perceba-se.

Na situação de responsabilidade automática, o ente público não tem qualquer estímulo (ou *nudge*), para aprimorar seus mecanismos de acompanhamento de contratos e práticas de *compliance*. Se a responsabilidade será automática/objetiva, não faz sentido gastar energia institucional com tais refinamentos do acompanhamento e fiscalização.

Por outro lado, a irresponsabilidade lastreada na pressuposição de regularidade de contratação, também não gera qualquer estímulo além do mero acompanhamento documental dos contratos de terceirização. Não faz sentido gastar energia institucional com tais refinamentos do acompanhamento e fiscalização se uma conduta mínima já afasta a responsabilidade.

Logo, em uma análise consequencialista, o precedente no Tema nº 1.118 avançara positivamente a ordem jurídica ao fixar balizas básicas dos “deveres anexos” inerentes à boa-fé objetiva e função social do contrato em relação aos trabalhadores.

Adotando-se a premissa de economia comportamental, o Excelso STF pode criar uma estrutura de conduta relativa a fiscalização de contratos que redundará em um “padrão ouro” do que se espera dos agentes públicos na diligência no acompanhamento das contratações.

Nesse sentido, também em sintonia com a manifestação da Procuradoria-Geral da República, é essencial que práticas de *compliance* e fiscalização sejam incorporados às práticas de contratação para evitar “calotes” das terceirizadas e que ilícitos trabalhistas não sejam veículos para práticas de improbidade e corrupção. A falta de regras claras de fiscalização, controle e auditoria contribuem para espaços indesejáveis de potenciais irregularidade.

Além disso, do próprio ponto de vista de microeconomia – empresas inidôneas internalizam benefícios e valores que deveriam ser alocados para o equilíbrio do contrato em face dos trabalhadores e externalizam prejuízos para a sociedade (quando se reconhece a responsabilidade subsidiária) ou para o trabalhador (quando se nega a responsabilidade subsidiária e o hipossuficiente redundando em arcar com o prejuízo).

Nem a sociedade, nem o hipossuficiente parecem ser polos eficientes de alocação do prejuízo a ser suportado pelo ilícito trabalhista. Reitere-se, o melhor cenário é exatamente a prevenção do ilícito, o que só vai ocorrer quando existir uma estrutura e mesmo cultura de fiscalização e controle para esses contratos.

3. SUNSTEIN, Cass R. Nudges.gov: behavioral economics and regulation. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Ed.). Oxford handbook of behavioral economics and the law. [New York]: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2220022>>.

Independentemente do conteúdo da decisão que o Excelso STF venha a adotar no tocante à questão do ônus da prova, parece ser ainda mais relevante fixar o conteúdo mínimo desse dever de fiscalização substancial. É a clareza nesse teste de condutas e condições mínimas que irá direcionar os esforços probatórios do magistrado, da administração e do trabalhador interessado.

Assim, talvez até mais relevante do que se discutir se é possível a inversão do ônus da prova, parece mais consentâneo à efetivação dos valores de segurança jurídica, isonomia e eficiência se o Excelso STF fixar de forma pragmática esse padrão mínimo de conduta que afasta a responsabilidade:

- a) existe regra clara de fiscalização dos contratos?
- b) a fiscalização vai além da mera coleta documental?
- c) existe controladoria, ouvidoria ou outra instância que possa receber denúncias sobre irregularidades no curso dos contratos?
- d) a administração é proativa no dever anexo de cuidado para com os trabalhadores?
- e) a verificação das garantias contratuais é mantida em dia?
- f) os servidores que realizam as licitações são capacitados para verificar adequadamente a viabilidade e equilíbrio atual do custo de mão de obra dos contratos terceirizados?
- g) existe algum programa de integridade ou práticas de *compliance* trabalhista no ente público?

São perguntas aparentemente simples que demandam um esforço probatório relativamente reduzido e direcionam a instrução para substancialmente formar um juízo sobre a falha no dever de fiscalização do poder público. De outra forma, o cerne da instrução aproxima-se mais em investigar se a administração pública pode assumir as vezes de um verdadeiro terceiro ofensor da relação contratual terceirizada.

O julgado do tema de repercussão geral nº 1.118 tem, assim, o potencial de se tornar um efetivo *nudge* para administradores e entes públicos adotarem posturas mais eficazes de fiscalização evitando assim a responsabilidade subsidiária do ente.

A não observância da legislação e a jurisprudência consolidada, causam desperdício de recursos, podem abrir espaços para desvios e prestação

deficitária dos serviços públicos à sociedade. Assim, a dita terceirização de mão de obra na contratação pública deve observar rigorosamente a legislação e a jurisprudência e buscar excelência na sua gestão e fiscalização, que devem ser realizadas por agentes públicos capacitados, e permitir sempre o claro acompanhamento das condutas pela sociedade, por meio de ampla transparência e *accountability*.

É nesse ponto que a força de um precedente claro que fixe os critérios de responsabilização permite que a aversão a condenações judiciais se cumule ao natural dever de eficiência na fiscalização, gerando um socialmente benéfico aprimoramento das estruturas de controle e prevenção de ilícitos, tais como a melhoria na estruturação controladorias públicas, órgãos de fiscalização e auditoria contratual.

Com efeito, rememorando o opinativo da Procuradoria Geral da República na necessidade da existência de regulamentação prevendo o modo e a frequência da fiscalização por agentes públicos do cumprimento das obrigações trabalhistas e a efetiva realização das fiscalizações, é possível até mesmo antever um conjunto de medidas que concorrem a uma cultura de *compliance* e integridade, a serem incorporadas exatamente de modo a se prevenir a efetiva responsabilização subsidiária:

- a) edição de normativas que definam um Código de Conduta para agentes públicos, com regras de *compliance* e que estabeleçam restrição de nepotismo, conflito de interesses, política de presentes, brindes e viagens, aplicável às relações com as empresas terceirizadas e seus diretores, empregados ou prepostos.
- b) edição de normativas que definam períodos de quarentena entre as transições de ocupações de cargos e funções públicas e ocupações de cargos e funções administrativos, gerenciais e de representação das empresas terceirizadas.
- c) ações de transparência ativa, em sítio eletrônico, com fácil acesso ao público, a relação atualizada de todos os nomeados em funções de confiança e cargos em comissão, com os nomes das pessoas, o nome dos cargos, o número do ato e data da nomeação, a informação sobre a secretaria e lotação, valor mensal dos gastos para o pagamento de todas as funções de confiança e cargos em comissão ocupadas e definidos em lei, independente do cumprimento da Lei de Acesso à Informação.

- d) adoção de sistema eletrônico de ponto por identificação biométrica extensível contratualmente às empresas prestadoras de serviços que envolvam mão de obra terceirizada, em todas as unidades, acompanhado com a divulgação ativa das listas de trabalhadores terceirizados alocados em órgãos públicos.
- e) regulamentação, no âmbito do ente público, do processo administrativo de responsabilização das Pessoas Jurídicas nos termos da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e estabelecer a competência para condução dos processos ao Órgão Central do Sistema de Controle Interno, nos termos do art. 8º, § 1º, daquela Lei.

5. CONCLUSÃO

A guisa de conclusão podemos assentar a ideia de que o RE nº 1.298.647/SP represente como o sistema de precedentes pode ser indutivo para prevenção de ilícitos e melhoria da gestão pública.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, ao decidir o caso, condicionará a percepção de diferentes culturas judiciais sobre o fenômeno da responsabilidade subsidiária, gerando uma estrutura de incentivos para constituição de um *compliance* trabalhista nos entes públicos e uma cultura de fiscalização e controle substancial em contratos terceirizados.

Esse resultado confirma que os valores essenciais nos quais são calcados a estrutura de precedentes (segurança jurídica, a isonomia e a eficiência) se

projetam para toda a ordem jurídica e condutas de todos os atores institucionais.

Por fim, independentemente da definição da questão de fundo quanto do ônus da prova, a reflexão sobre o potencial indutivo do sistema de precedentes, dentro de uma noção de economia comportamental e estrutura de incentivos para a administração pública, se apresenta como uma bússola adequada para direcionar os debates e as reflexões as Suprema Corte sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo código civil*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à luz da Boa-fé Objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logicaascensao.pdf>. Acesso em 02/11/2017.
- SUNSTEIN, Cass R. Nudges.gov: behavioral economics and regulation. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Ed.). *Oxford handbook of behavioral economics and the law*. [New York]: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2220022>>.

Direitos fundamentais e o princípio do não retrocesso social em tempos de pandemia

Fundamental rights and the principle of no social retreat in times of pandemics

Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig*

RESUMO: O presente estudo analisa o princípio da Proibição do Retrocesso Social e a Teoria da Reserva do Possível em tempos de pandemia da Covid-19, sob o ponto de vista da Constituição Brasileira, de acordo com os ditames do Estado do Bem-Estar Social. O estudo inicia analisando o conceito de dignidade humana e o valor social do trabalho. A seguir o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social é abordado sob a perspectiva da preservação da dignidade humana e, na sequência, é analisada a Teoria da Reserva do Possível, o equilíbrio entre os recursos disponíveis em tempos de crise e a garantia do patamar mínimo civilizatório.

PALAVRAS-chaves: pandemia; recursos; trabalho; dignidade; Constituição.

ABSTRACT: The present study analyzes the principle of Prohibition of Social Setback and the Theory of Reservation of the Possible in times of Covid-19 pandemic, from the point of view of the Brazilian Constitution, in accordance with the dictates of the Welfare State. The study begins by analyzing the concept of human dignity and the social value of work. Next, the Principle of Prohibition to Social Retrogression is approached from the perspective of preserving human dignity and, subsequently, the Theory of the Possible Reserve is analyzed, the balance between available resources in times of crisis and the guarantee of the minimum level of civilization.

KEYWORDS: pandemic; resources; Work; dignity; Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A dignidade humana e o valor social do trabalho. 3. O princípio da vedação ao retrocesso social e a dignidade humana. 4. A teoria da reserva do possível, o equilíbrio entre os recursos disponíveis e a garantia do patamar mínimo civilizatório. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 impôs à humanidade, de forma drástica, que várias questões relativas à condução de políticas econômicas e garantias a Direitos Fundamentais fossem urgentemente repensadas, diante da crise econômica e de saúde pública que se instalou com a disseminação do Coronavírus e a busca simultânea e desenfreada por internação hospitalar por milhares de pessoas. As medidas de isolamento social tiveram impacto severo na economia mundial, uma vez que romperam com o funcionamento do ciclo econômico, considerando a relação de produção e consumo de inúmeros bens e serviços. Poucos setores prosperaram diante deste panorama de adoecimento coletivo.

Diante disto se estabeleceu uma situação de escassez e precarização do trabalho humano, que já tinha se iniciado com a Quarta Revolução Tecnológica e a Reforma Trabalhista, no plano nacional. Considerando este contexto, necessário se faz abordar os Direitos Fundamentais e, especialmente os Direitos Sociais dentro da perspectiva do Estado do Bem-Estar Social previsto na Constituição Federal de 1988.

O presente artigo se destina a analisar o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social e a Teoria da Reserva do Possível em tempos de pandemia, considerando a escassez de recursos e o patamar mínimo civilizatório.

Este artigo está dividido em uma primeira parte na qual é analisado o conceito de dignidade humana e o valor social do trabalho. A Constituição brasileira é esmiuçada por meio do confronto com consensos da doutrina nacional e internacional no tocante à Constituição do Trabalho e à importância dos Direitos Fundamentais Sociais para a construção de um Estado Social de Direito.

Na segunda parte do artigo o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social é analisado do ponto de vista da preservação da dignidade humana. Na terceira parte é analisada a Teoria da Reserva do Possível e

(*) Graduada em Direito pela UFBA (1999). Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Camaçari-Ba, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

o equilíbrio entre os recursos disponíveis, considerando a garantia do patamar mínimo civilizatório.

A metodologia aplicada para a realização da pesquisa se enquadra como qualitativa e bibliográfica, mediante a análise de livros, trabalhos científicos e legislação brasileira e estrangeira aplicada ao Brasil acerca da proteção aos Direitos Fundamentais.

Ao final de estudo se verifica que a Constituição Federal brasileira possui as ferramentas para implementar um Estado Social de Direito no Brasil. Não se pode perder de vista o desenvolvimento sustentável, considerando que os recursos naturais são finitos e que é necessário ponderar a premente escassez de recursos, com uma lógica de desenvolvimento equilibrada e não autofágica promovendo a progressiva efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os Sociais e Ambientais.

Finalmente, se conclui que a civilização deve ter sempre em vista sua evolução, primando pela aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, apesar dos limites materiais existentes para a implementação de determinados Direitos. Considerando a ótica da Teoria da Reserva do Possível e que esta tem como contraponto a dignidade da pessoa humana, deve ser garantido ao menos o mínimo existencial, quando não for possível implementar todos os Direitos Fundamentais delineados na Constituição.

2. A DIGNIDADE HUMANA E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO

A humanidade nesta quadra atual se depara com um gravíssimo problema de saúde pública que repercute de forma aguda na economia de todos os países: a pandemia de Covid-19. A pandemia gerou efeitos imediatos na economia, pois *a priori*, a maneira emergencial de contê-la consistiu na adoção das medidas de isolamento social. Tais medidas, entretanto, tiveram impacto severo na economia mundial, uma vez que romperam drasticamente com o consumo de serviços e determinados produtos, acarretando um efeito dominó no tocante ao bom funcionamento do ciclo econômico.

A pandemia não só impactou a economia, como também sobrecarregou o sistema de saúde a cada tentativa de manutenção das atividades econômicas e sociais em escalas minimamente normais. Diante disto se estabeleceu uma situação de escassez e precarização do trabalho humano, trabalho este que se afigurou cada vez mais como força motriz

da economia, ainda que nos últimos tempos, com a Quarta Revolução Tecnológica se tenha tentado mitigar sua importância e, conseqüentemente, sua valorização. Diante deste panorama, necessário se faz tratar dos Direitos Fundamentais e, especialmente dos Direitos Sociais, com recorte específico no Direito do Trabalho.

O professor espanhol Antonio Baylos¹ relembra que:

Desta maneira, o Direito do Trabalho é concebido como um direito especial dos trabalhadores subordinados, produto do Estado e da autotutela dos próprios trabalhadores, que existe para corrigir e remediar a real desigualdade socioeconômica e jurídica.

O trabalho se afigura como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais estão intimamente ligados à ideia da dignidade humana. Os Direitos Sociais se apresentam como instrumentos garantidores desta dignidade, especialmente no que se refere ao Direito do Trabalho. É por meio do trabalho que o indivíduo garante seu alimento, sua moradia, o custeio do sistema de saúde e previdenciário para que receba tratamentos e esteja amparado quando não tiver mais forças para trabalhar. É sabido que há categorias de trabalhadores alijadas diretamente do sistema de custeio previdenciário e do custeio do Sistema Único de Saúde, entretanto isto se afigura a médio prazo corrosivo para toda a sociedade.

Vida humana digna e trabalho humano. É possível dissociá-los? – indaga o professor Fábio Rodrigues Gomes². Para o autor, no sistema capitalista de produção a monetarização (quantificação) das necessidades fez com que o trabalho se tornasse uma forma por meio da qual se consegue o capital que permitirá a obtenção daqueles bens considerados pelos indivíduos como necessários. Para Gomes, deixamos de visualizar o trabalho humano apenas como um valor instrumental e passamos a apreciá-lo como um valor em si mesmo, como uma “*necessidade ontológica*” compreendida dentro do conceito de dignidade da pessoa humana, na medida em que promove sua autorrealização. Ressalte-se que o nosso desenvolvimento civilizatório dependeu e depende do trabalho humano. É, ainda, Fábio Rodrigues Gomes que pontua:

- 1 BAYLOS, Antonio. Direito do trabalho: modelo para armar. Trad. Flávio Benites Cristina Schultz. São Paulo: LTR, 1999, p. 59-128.
- 2 GOMES, Fábio Rodrigues. O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63-67.

Assim, tendo em vista que o homem se associa para aumentar suas chances de sobrevivência e que é por intermédio da divisão do trabalho que a sociedade de massa tenta superar a escassez, encontramos, no mesmo plano, os valores da solidariedade social e do trabalho humano. Porquanto, o exercício desta atividade deixa de ser avaliado tão somente sob a perspectiva individual (subjativa), para passar a ser apreciado também (e principalmente) sob o aspecto do seu potencial benefício para os demais membros da sociedade, de maneira que sejam todos tratados com igual respeito e consideração.

Desde épocas imemoriais, os seres humanos estabeleceram relações de solidariedade para garantir a sobrevivência da espécie. Há registros de que os hominídeos pré-históricos caçavam em grupo animais de grande porte para garantir grande quantidade de proteína, pele, gordura e ossos para serem usados por todos, por dias. As mulheres e as crianças atuavam como coletoras de frutas e vegetais, enquanto os homens se agrupavam para caçar. A solidariedade nos grupos humanos foi garantindo a proteção e alimentação de todos. Fez-se necessária a divisão social do trabalho em momento posterior. A divisão do trabalho permitiu tempos ociosos que foram importantes para o desenvolvimento do pensamento racional e abstrato, trazendo o cérebro humano e, conseqüentemente, nossa civilização para o nível de desenvolvimento que temos atualmente. A solidariedade, portanto, atuou como base, esteio da divisão do trabalho, otimizando o tempo dos indivíduos, bem como permitindo o progresso tecnológico e científico.

Os professores Ricardo Maurício Freire Soares e Valdir Ferreira de Oliveira Júnior³ abordam com percuciência o tema ao tratarem do Estado Constitucional Solidarista e a pandemia de Covid-19:

O maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente. Tais direitos existem num contexto de solidariedade objetiva e subjativa. Os direitos fundamentais apenas existem solidariamente. A negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais. Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer

direito fundamental compromete a própria condição humana.

Para Freire Soares e Oliveira Júnior a efetividade dos direitos fundamentais é possível à luz do Estado Constitucional Solidarista, sobretudo nos países em que os direitos humanos são constitucionalizados em razão de sua escassez no plano fático.

Benedita Mac Crorie⁴, ao tratar dos “Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas relações entre particulares”, afirma:

O princípio da dignidade da pessoa humana assume uma grande relevância em matéria de renúncia a direitos fundamentais, na medida em que tem sido simultaneamente considerado “limite absoluto da possibilidade de renúncia” e “fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais.(...)”

Ainda que a dignidade seja originariamente um valor moral, interessa-nos essencialmente a sua qualidade de princípio constitucional, ou seja, de “norma jurídico-positiva”, passível de produzir consequências jurídicas práticas”. Até ao século XX este princípio não se encontra constitucionalmente previsto, tendo sido sobretudo no pós-guerra, na sequência das atrocidades cometidas no período do nazismo, que adquiriu verdadeiro significado para o mundo do Direito”. O princípio da dignidade foi inicialmente acolhido na Constituição Federal alemã, tendo várias Constituições seguido o exemplo (...).

A autora prossegue em busca de uma definição para o conceito de dignidade humana e pontua que ser humanamente digno significa ser dotado de liberdade para fazer as próprias opções de vida, havendo uma vigorosa ligação com o princípio da isonomia. O princípio da dignidade, portanto, se conjugua com os princípios da liberdade e da igualdade.

Trata-se, entretanto, de um conceito jurídico pouco claro. Pode-se afirmar que o conceito de dignidade humana é dinâmico e está em constante evolução, juntamente com a sociedade. A ideia de dignidade de hoje, não é a mesma que a de cem ou duzentos anos atrás. Benedita Mac Crorie esclarece, ainda, que:

Partindo das “raízes histórico-filosóficas do princípio” existem distintas “con-

3. JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira; SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. O Estado Constitucional Solidarista e a Pandemia de COVID-19: Breves Lineamentos. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p. 266-295.

4 CRORIE, Benedita Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 61-190 e 215-307.

ceptualizações jurídicas da dignidade da pessoa humana” que vão mais na linha de uma ou de outra destas raízes. Entre as “construções teóricas relevantes para a interpretação constitucional [deste] conceito” é de referir, em primeiro lugar, o “conceito axiológico de dignidade de Dürig”. O Autor considera que “todo o Homem é Homem em virtude do seu espírito, que o eleva da Natureza impessoal e lhe confere a capacidade de, por sua própria vontade, se tornar consciente, se autodeterminar e conformar o mundo que o rodeia. Assim, uma vez que entende que a dignidade ‘expressa o valor intrínseco’ do ser humano”, esta será “violada quando o Homem concreto é convertido em objeto ou em simples meio”. Dürig é, consequentemente, um representante da corrente ontológica e com o recurso à fórmula do objecto, inspirando-se na filosofia moral de Kant, optou por uma perspectiva que procura estabelecer o objecto de protecção da dignidade da pessoa humana a partir da sua lesão. (...)

Luhmann defende que a dignidade não consiste numa qualidade inata do Homem nem num valor, sendo antes “uma aspiração”, “algo que deve ser construído” pelo próprio indivíduo, o que significa que os direitos fundamentais não têm como função garantir a dignidade, mas sim assegurar as condições da sua prestação.

Estas duas teses, aparentemente em confronto, têm em comum o papel central que atribuem à autonomia e à subjetividade individual, o que as distingue “de uma terceira forma de encarar a dignidade (...): a dignidade não como um valor ou prestação individual, mas como conceito relacional, como promessa e pretensão de reconhecimento recíproco, como fundamento de uma comunidade que se reconhece nos valores de solidariedade.

A dignidade está imbricada ao trabalho e ao ideal de solidariedade e nestes tempos de crise se constata como os trabalhadores em sentido *lato* se viram desprotegidos e precarizados, agudizando a decadência econômica da sociedade capitalista e revelando as escaras do neoliberalismo. Neste momento valores como a dignidade humana e a solidariedade se encontram em um ponto de inflexão.

O professor Edilton Meireles⁵ lembra que:

A constituição do trabalho, como já mencionado, parte do reconhecimento da divisão da sociedade em classes, dando

especial destaque aos trabalhadores e aos empregadores (operários e capitalistas). E tanto isso é verdade que, em seu art. 10, longe de assegurar igual direito à eventual outra classe social, garantiu aos trabalhadores e aos empregadores a participação nos “colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (art. 10). Ao trabalhador autônomo, inclusive profissionais liberais, não assegurou essa participação.

E é a partir dessa clássica divisão, ao lado do princípio da dignidade humana, que o direito constitucional do trabalho revela sua primeira característica, qual seja, a busca pela igualdade real, seja pelo combate à discriminação (incisos XXX, XXXI e XXXII do art. 7º), seja mediante normas de proteção ao contraente débil (v. g., incisos VI e VII do art. 7º), normas que visam a contrabalançar o poder econômico do tomador dos serviços (greve), normas de limitação da supremacia empresarial (negociação, cogestão) e normas que impõem a discriminação positiva em favor dos trabalhadores (inciso XX do art. 7º).

A Constituição do Trabalho no Estado Social também foi objeto de pesquisa de Maestro Buelga⁶. Ao tratar das transformações do Direito do Trabalho austríaco pós-primeira Guerra Mundial a partir de um estudo de Renner, Buelga pontuou:

En definitiva, la Constitución del trabajo de la revolución revelaba la interiorización por el ordenamiento de nuevos principios en contratesto con el Estado liberal. El tratamiento del trabajo en el Estado liberal se basaba en un doble principio: el absolutismo empresarial, una vez constituida la relación laboral, y la libertad contractual como criterio de regulación del mercado de trabajo. Frente a estos principios se imponen los de limitación del poder empresarial y tutela del trabajo frente al funcionamiento del mercado. Pero los nuevos principios tienen una indudable dimensión constitucional, en la medida en que trastocan los parámetros de funcionamiento del Estado.

Renato Bernardi e Sandra Gonçalves Daldegan França⁷ esclarecem com muita propriedade:

5. MEIRELES, Edilton. *A constituição do trabalho*. O trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: LTr, 2018, p. 101.

6. MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *La constitución del trabajo en el Estado Social*. Granada: Comares, 2002. p. 1/74

7. BERNARDI, Renato; FRANÇA, Sandra Gonçalves Daldegan. Vulneráveis em estado de pandemia: pensar sistêmico emergente em tempos do COVID-19. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 605.

Assim, todos são vulneráveis, pois vulnerabilidade é uma particularidade que indica um estado de fraqueza, que é inerente ao ser vivo. O que diferencia uma pessoa vulnerável ou um grupo vulnerável de outro, são os diversos graus que cada indivíduo possui de resistir ou não diante de certa dificuldade ou desafio que lhe é imposto.

Em tempos de crise agravada pela pandemia devemos considerar que “estamos todos no mesmo mar, porém em barcos diferentes”. Os seres humanos são frágeis, mas alguns reúnem condições materiais melhores para lidar com a crise, outros acumulam de forma acintosa e inconsequente, enquanto milhares, na base da pirâmide social, se veem precarizados, em condições de trabalho cada vez mais degradantes e insustentáveis. Não demora e a corda se rompe.

Palomeque⁸ nos lembra do perene estado de tensionamento na relação capital x trabalho:

Na relação de troca de trabalho por salário, os sujeitos que a protagonizam esgrimem interesses, não só distintos, mas contrapostos. Tal significa que na própria raiz da relação de trabalho assalariado se instalou um conflito social de carácter estrutural (contraposição de interesses entre aqueles que dominam os meios de produção e aqueles que oferecem exclusivamente trabalho dependente). Trabalhadores e empregadores têm, assim, interesses contrários na relação de trabalho, no sentido em que a plena satisfação dos interesses de uns será, necessariamente, oposta à satisfação dos da contraparte. Naturalmente, a norma jurídica deve impedir a consecução absoluta dos interesses de parte, impondo uma solução de equilíbrio ou compromisso essencial, como se verá mais adiante, ao Direito do Trabalho.

Necessário, ainda, rememorar as lições de Robert Alexy⁹:

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas

a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. O que há de comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação.

Diante desta perspectiva e do necessário tratamento isonômico aos indivíduos abordaremos o princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A DIGNIDADE HUMANA

O princípio da vedação ao retrocesso social não se encontra inserido expressamente em nenhuma constituição latino-americana, embora possa se depreendê-lo a partir de outros dispositivos. O professor Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰, no artigo intitulado “Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano” salienta que:

Antecipando já algumas das conclusões que haverão de seguir, o que buscamos é demonstrar que a proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, a despeito de não ter sido expressamente agasalhada por nenhuma das constituições latino-americanas, representa hoje, ainda que não necessariamente sob o mesmo rótulo, uma categoria reconhecida e em processo de crescente difusão e elaboração doutrinária e jurisprudencial em várias ordens jurídicas, inclusive em função da sua consagração no âmbito do Direito Internacional dos direitos humanos.

Prossegue o professor Sarlet:

Com efeito e ainda de acordo com Peter Häberle, ao mesmo tempo em que a dig-

8 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Direito do trabalho e ideologia*. Trad. Antonio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001. p. 15-44.

9 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Capítulos 4 (p. 180-217) e 9 (p. 450-519)

10 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *In: Rev. TST, Brasília*, vol. 75, nº 3, jul/set 2009.

nidade da pessoa humana, na sua condição de “premissa antropológica” do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta.

Observando-se a evolução constitucional mais recente, verifica-se que mesmo uma análise no plano da evolução textual demonstra que os direitos sociais são hoje – embora com importantes variações quanto à amplitude deste reconhecimento expresso – uma constante nas constituições latino-americanas vigentes, especialmente nas que foram promulgadas nos últimos vinte a trinta anos, destacando-se a relevância dos direitos dos trabalhadores neste contexto. De outra parte, também para os direitos sociais, de acordo com entendimento amplamente difundido, vale a noção de abertura material (ou seja, da não taxatividade, portanto, da inexistência de um *numerus clausus*) a outros direitos além dos expressamente previstos nas constituições⁵, seja pela integração ao Direito Constitucional dos diversos estados latino-americanos dos direitos sociais, econômicos e culturais contemplados nos diversos pactos internacionais, seja pelo reconhecimento de direitos sociais implicitamente positivados, como dá conta, entre outros, o exemplo do direito ao mínimo existencial, tão caro, aliás, para a problemática da proibição de retrocesso.

Por outro lado, para além da circunstância de que também na América Latina algumas constituições, dada a amplitude de seu catálogo constitucional de direitos sociais, talvez de fato tenham prometido mais do que o desejável ou mesmo possível de ser cumprido, aspecto que também diz respeito ao que já se designou de uma banalização da noção de direitos fundamentais (fenômeno que não se manifesta apenas na seara dos direitos sociais), há que reconhecer que, transitando do plano textual para o da realidade social, econômica e cultural, a ausência significativa de efetividade do projeto social constitucional para a maioria das populações dos países latino-americanos, marcados por níveis importantes de desigualdade e exclusão social, segue sendo um elemento caracterizador de uma face comum negativa. Tal crise, no sentido

de uma crise de efetividade, por sua vez, é comum – em maior ou menor escala – a todos os direitos fundamentais, não podendo ser considerada uma espécie de triste privilégio dos direitos sociais, precisamente pela conexão entre os direitos sociais e o gozo efetivo dos assim designados direitos civis e políticos. Com efeito, também a democracia, a cultura e o ambiente se ressentem da fragilidade dos direitos sociais no que concerne à sua realização efetiva pelo menos para a ampla maioria dos cidadãos latino-americanos.

A pandemia de Covid-19 evidenciou como a garantia aos Direitos Fundamentais é necessária para avançarmos no processo civilizatório e, até mesmo, enquanto espécie, pois a sustentabilidade está intimamente ligada aos Direitos Fundamentais e à preservação da vida. Um exemplo deste fato foi o papel fundamental exercido pelo SUS – Sistema Único de Saúde no combate à pandemia. O SUS, moldado na Constituição Federal de 1988, com inspiração no modelo britânico, absorveu o grande impacto provocado pela necessidade de internação de milhares de pessoas que não teriam condições de pagar o tratamento na rede privada, bem se mostrou extremamente eficiente com seu sistema capilarizado de vacinação, garantindo a vida.

Não faz muito tempo havia vários detratores do SUS, na imprensa convencional e no Congresso Nacional, defendendo sua extinção em benefício de interesses da iniciativa privada. Após a pandemia de Covid-19 ficou evidente que não é possível abandonar este modelo, seja porque a iniciativa privada não dispõe de estrutura suficiente, seja porque a desigualdade social não permitiria que os mais pobres se tratassem ou se prevenissem. Novamente retornamos à questão da solidariedade como instrumento para efetivação da dignidade e, por consequência dos Direitos Fundamentais.

Ailton Schramm da Rocha¹¹ noticia que o princípio da vedação ao retrocesso se origina com a crise do Estado do Bem-estar social, na segunda metade do século XX e que o cenário de escassez de recursos aumenta a procura por prestações sociais. O autor sustenta que: *“Os direitos sociais atuam no acesso a bens da vida que são escassos. A escassez impõe um custo e esse custo implica redistribuição de renda em alguma medida.”*

11 ROCHA, Ailton Schramm da Rocha. *A Proibição de Retrocesso como Princípio Constitucional: Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais em Contexto de Emergência Global*. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p. 30-41.

Schramm da Rocha ao analisar o contexto pandêmico conclui:

O que está acontecendo agora é uma demonstração cabal de como o suporte de garantias sociais é importante. Evidencia como é fundamental ter uma rede de proteção social à disposição do indivíduo para que possa enfrentar as dificuldades que se apresentam.

Alguns autores europeus, entretanto, a exemplo de Catarina dos Santos Botelho¹² em sua dissertação de doutoramento – “Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas” questionam os parâmetros do Princípio do Não Retrocesso Social. Tal compreensão, embora um tanto flexibilizante, se mostra particularmente importante como recurso a ser utilizado em tempos de escassez e crise geradas pela Pandemia de Covid-19.

A professora portuguesa trata do Estado social omnímodo (ilimitado) versus estado social exíguo. Considerando a realidade europeia alerta para os impactos da crise econômica desde meados do século XX, trazendo à baila a ideia da dívida pública e do deficit do contrato intergeracional, este último argumento muito propalado por ocasião da Reforma da Previdência no Brasil. Catarina dos Santos Botelho pontua que o Estado Social viveria na quadra atual uma crise que não permitiria mais arcar com todos os custos próprios da implementação dos Direitos Sociais, diante do desemprego, da incapacidade financeira e do impacto na arrecadação estatal.

De fato, na década de 1970, a crise do Petróleo gerou um recrudescimento das políticas neoliberais e de austeridade com o surgimento de lideranças mundiais a exemplo de Margaret Thatcher e Ronald Reagan. No século XXI, em 2008, a quebra do Banco Lehman Brothers gerou nova crise econômica que assolou o mundo e, de forma muito impactante e imediata, os países do hemisfério norte. A professora Catarina dos Santos Botelho ressalta que apesar dos admiráveis progressos políticos, econômicos, sociais e tecnológicos alcançados com o Estado-Prestador, este teria ruído, se tornando incapaz de promover no todo ou em parte, o bem-estar social.

Para a autora, há muita expectativa com a Constituição e por tal motivo questiona qual o papel do Estado Social no século XXI e o que se pode realmente esperar dele num cenário de escassez de recursos. Catarina dos Santos Botelho conclui,

entretanto, que não estamos diante da morte do Estado Social, mas de uma metamorfose de contornos ainda imprevisíveis. Diante desta perspectiva a autora trata dos limites da Reserva do Possível propondo, dentre outras sugestões, que os operadores do Direito utilizem a Análise Econômica do Direito quando da apreciação de questões atinentes ao Princípio do Não Retrocesso Social. De fato, é cediço que a Teoria Econômica se espalhou em várias disciplinas das Ciências Humanas tais como a Sociologia, as Ciências Políticas, a História, a Teoria Moral e, sobretudo, o Direito. Os fenômenos econômicos passaram a ser considerados pelos operadores do Direito como um fato jurídico na análise de questões atinentes aos Direitos Sociais.

Segundo a autora, depois de ter sofrido várias críticas que apontavam uma promiscuidade entre a Análise Econômica do Direito e das teses liberais ou as teses utilitaristas, os seus defensores pugnam por uma visão da Análise Econômica do Direito contemporânea marcada pelo pluralismo metodológico e teórico. Catarina dos Santos Botelho sustenta que os juristas não podem fechar os olhos às consequências econômicas de uma grande fatia de decisões judiciais e afirma que os economistas também sentem a necessidade de compreender o papel da norma jurídica nas economias contemporâneas. A autora verifica “que a Análise Econômica do Direito e, em particular, a Análise Econômica do Direito Constitucional contribui para este tema segundo várias aproximações”. Do ponto de vista da atividade legislativa, cada vez mais se constata a relevância da análise econômica, em especial em temas relacionados com direitos fundamentais e que necessitem da “consideração sistemática dos meios e dos fins”.

Finalmente, Catarina dos Santos Botelho propõe a análise custo-benefício quando se tem em vista Direitos Fundamentais, propondo que o valor/bem que a ação flexibilizante proposta trouxer (benefício) tem que superar o custo do valor/bens que os indivíduos tiverem que abdicar (sacrifício). Caso contrário a medida não será útil para a sociedade. Conclui a autora que perante a asfixiante crise econômico-financeira, a promoção dos direitos sociais sofrerá inevitáveis consequências.

De fato se vislumbra necessária uma delimitação da forma de utilização dos recursos públicos, bem como a eleição de prioridades, diante da limitação material e de sua finitude, entretanto não se pode perder de vista que a vida, a saúde e a dignidade devem ser elementos norteadores na definição destas prioridades.

12 BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Edições Almedina, S/A, 2015.

Alexandre Bernardino Costa e Lia Beatriz Teixeira Torraca¹³ analisam os efeitos da política econômica de austeridade nos seguintes termos:

Os elementos determinantes da política econômica de austeridade são notadamente mais políticos e têm consequências tanto mais jurídicas que econômicas. De forma clara, a austeridade ataca diretamente o sistema público de previdência e de benefícios sociais, bem como a legislação trabalhista, gerando o efeito contrário ao declarado em suas propostas, ou seja, é possível observar um colapso social ante ao desmonte da estrutura que atende aqueles que não podem suportar os custos principalmente de saúde e educação. A opção pela austeridade é a opção pela supressão desses investimentos sociais e, consequentemente, de direitos fundamentais, optando por afirmar o lucro, o que acaba por reproduzir um capitalismo cada vez mais excludente, provocando o retorno à pobreza de milhões de pessoas. Esse estado de austeridade põe fim aos direitos fundamentais sociais para os cidadãos, funcionando como um estado assistencial para os ricos e as grandes empresas, dirigindo –por meio de crédito, financiamento direto ou isenções fiscais– dinheiro para manutenção do lucro. O resultado é o recrudescimento da desigualdade social e econômica, como também da divisão social. Uma divisão alimentada por questões como o racismo e o que Cortina denomina como aporofobia, termo que passou a ser reconhecido na Espanha como tipo penal (Cortina, 2017: 36).

Monereo Pérez¹⁴ ao tratar da transformação ocorrida nas constituições de países capitalistas no decorrer do século XX, especialmente após a crise de 1929, pontua a necessidade do atendimento a questões sociais demandadas pela classe trabalhadora:

La identificación histórica de este proceso de recepción o asimilación de valores económicos y sociales nos conducirá irremisiblemente al período en que surge el llamado “constitucionalismo social” y su corolario el Estado social democrático,

cristalización jurídica del profundo proceso de revisión del constitucionalismo liberal-individualista y el modelo liberal de Estado de Derecho a el correspondiente. Ambos fenómenos serían el reflejo jurídico y político de los profundos cambios operados en las estructuras capitalistas y en la correlación entre las fuerzas sociales y políticas. En suma, esta transformación de las estructuras políticas y jurídicas se corresponde historicamente con un intento de adaptación del Estado tradicional (liberal burgués) que había fracasado política y económicamente a las exigencias de una sociedad industrial de tipo neocapitalista.

A partir da análise de Monereo Pérez se depreende que as crises são cíclicas e após períodos de profunda escassez se alternam períodos em que há o recrudescimento do Estado Social, diante do agravamento das desigualdades sociais com as políticas liberais. Na quadra atual a pandemia de Covid-19 colabora para um aprofundamento desta crise.

Geraldo Calazans da Silva Júnior¹⁵ propõe bali-
zas para apreciar, em nosso ordenamento jurídico, a eventual necessidade de restrições de direitos fundamentais em tempos de pandemia:

Na linha da teoria dos limites dos limites, afirma-se que a norma restritiva dos direitos fundamentais deve observar dois requisitos: um requisito formal e outro requisito material. Formalmente, para que haja a limitação, esta deve decorrer de normas advindas de órgão dotados de atribuição para tanto (reserva legal). Na Constituição brasileira, a exigência da reserva de lei está prevista no art. 5º, II, que preconiza que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Por outro lado, os requisitos materiais buscam assegurar a conformidade substancial da lei que venha restringir direitos fundamentais com os princípios da não retroatividade (preservação de situações jurídicas já consolidadas), o postulado da generalidade e abstração (tratamento isonômico a todos os membros de uma mesma categoria essencial), o princípio da proporcionalidade (a restrição deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito) e a proteção do núcleo essencial (existe um essencial dos direitos fundamentais que não pode ser violado).

13 COSTA, Alexandre Bernardino; TORRACA, Lia Beatriz Teixeira. A Projeção do Humano em Tempos de Austeridade: o Esquecimento do Homem. In: PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; DURÁN, Carlos Villán, RICOBOM, Gisele, BACK, Charlott. 70º ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS – *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 57-62.

14. MONEREO PÉREZ, José Luiz. Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral. Madrid: CES, 1996. p. 45/157.

15. JÚNIOR, Geraldo Calasans da Silva. Restrições a direitos fundamentais em tempos de pandemia: contribuições para o por vir do Poder Judiciário brasileiro. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; VITALE, Carla Maria Franco Lameira. *Paradigmas do conhecimento jurídico e pandemia* Salvador: Paginae, 2021, p. 87-110.

O autor alerta que doutrina e jurisprudência dividem o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: necessidade, adequação (ou idoneidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. O ato será idôneo ou adequado se for apto a alcançar a pretensão. Quanto à proporcionalidade, “[...] *primeiramente há a verificação da necessidade da incidência da medida; após, observa-se se a medida é idônea ou adequada; enfim, nota-se se a medida a ser tomada é proporcional.*”

Tais balizamentos são necessários para que os direitos fundamentais sejam protegidos do mero arbítrio dos agentes políticos na definição de políticas públicas e dotação de recursos, sendo o Poder Judiciário aquele que exercerá o freio e contrapeso para todas as ações políticas e, conseqüentemente, legislativas e executivas, que se afastam dos parâmetros definidos na Constituição de 1988.

Lília Teixeira Santos¹⁶ pontua que:

A promulgação da Constituição Cidadã promoveu a renovação do ordenamento jurídico do Estado Brasileiro para o Constitucionalismo democrático e humanista – conforme o paradigma do neoconstitucionalismo – que busca a limitação do poder estatal com a institucionalização de mecanismos jurídicos que permitem a participação do cidadão com a finalidade de efetivar um governo democrático com a concretização dos direitos humanos fundamentais [...]

O professor Edilton Meireles¹⁷ relembra que os artigos da Constituição Federal de 1988 não podem ser interpretados de forma estanque ou isoladamente e nem pelo casuísmo, pois se trata de um sistema que moldou o Estado Social Brasileiro. Há um arcabouço de proteção aos trabalhadores, em especial, e este não pode ser olvidado em momentos como a pandemia:

O princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho brasileiro, por sua vez, foi escancaradamente acolhido no texto constitucional, embora a só adoção do modelo de estado de bem-estar social já fosse suficiente para tanto. Ele se extrai do caput do

art. 7º da Carta da República que, em sua parte final, estabelece que são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, ‘além de outros que visem à melhoria de sua condição social’.

Meireles prossegue:

Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no art. 7º, foi uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que ‘visem à melhoria de sua condição social’. Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada (emenda) ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador. Ela seria inconstitucional por justamente não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador.

O princípio da vedação ao retrocesso social relembra que não é possível retroceder diante do patamar mínimo civilizatório já garantido pela humanidade.

4. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, O EQUILÍBRIO ENTRE OS RECURSOS DISPONÍVEIS E A GARANTIA DO PATAMAR MÍNIMO CIVILIZATÓRIO

A doutrina alemã foi precursora na elaboração de uma tese que respaldasse o Estado de se abster de efetivar Direitos Sociais quando não houvesse condições materiais para fazê-lo, com a criação da Teoria da Reserva do Possível ou Razoável. Tal conceito foi acolhido plenamente na jurisprudência germânica e europeia, tendo se espalhado pelas plagas sulamericanas. A Teoria da Reserva do Possível indaga o que os cidadãos podem razoavelmente exigir do Estado. A escassez de recursos surge como um “limite constitucional”.

De fato, a execução dos Direitos Sociais está intimamente ligada a despesas financeiras consideráveis para a sua implementação, portanto a capacidade prestacional do Estado funcionaria com limitador. Cumpre ressaltar, entretanto, que a Teoria da Reserva do Possível não pode ser utilizada desbragadamente como forma do Poder Público se esquivar de implementar ou dar efetividade aos Direitos Sociais. A boa doutrina revela que a mera alegação de escassez de recursos não é justificativa suficiente para a recusa da implementação dos Direitos

16. SANTOS, Lília Teixeira. A função dos Direitos Humanos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MACHADO, Flávia Sulz Campos. *Estudos jurídicos fundamentais*. Salvador: Paginae, 2018, p. 183-232.

17. MEIRELES, Edilton. Direitos Fundamentais Trabalhistas na Pandemia e o Não Retrocesso Social. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. Volume 2. São Paulo: IASP, 2020, p. 200-213.

Sociais. A solução proposta pela Teoria da Reserva do Possível deve ser utilizada em situações excepcionais, pois justamente nos momentos de grave recessão econômica a proteção aos desvalidos se torna mais urgente e necessária. Não se pode perder vista, portanto a garantia do mínimo existencial, visando o amparo a dignidade da pessoa humana, buscando sempre equilíbrio na distribuição dos recursos disponíveis.

Em todo o caso e perante um panorama de retrocesso social, aplicam-se as salvaguardas do *princípio da igualdade* – lembrando da proibição do tratamento discriminatório; do *princípio da proporcionalidade*, teoria da ponderação dos princípios e do *princípio da proteção da confiança*. Catarina dos Santos Botelho e Cristina Queiroz¹⁸ sugerem que diante da plasticidade e a indeterminação do conceito de dignidade da pessoa humana se exige uma justiça do caso concreto, ou seja a aplicação do Princípio do Não Retrocesso Social e a Teoria da Reserva do Possível devem ser analisadas caso a caso.

Catarina dos Santos Botelho nos remete a uma teoria gestada na França, denominada Efeito *Cliquet*, de aplicação relativa aos Direitos Sociais, para a qual “*se a estagnação é possível, só a progressão é admissível a longo-prazo*”. Segundo o efeito *cliquet*, uma lei não pode revogar direitos sem conceder aos beneficiários vantagens equivalentes.

Trata-se de um conflito antinômico: dignidade da pessoa humana *versus* condições materiais do Estado. Sob a perspectiva das limitações materiais estatais a *reformatio in pejus* seria permitida desde que não afete a salvaguarda constitucional da dignidade da pessoa humana e seja condizente e congruente com o prejuízo imposto. A Constituição Federal de 1988 sempre servirá de esteio para limitar a excessiva flexibilização dos Direitos Sociais, por conter um patamar mínimo civilizatório, não sendo possível que a nossa sociedade retroceda, mas sempre caminhe para frente na implementação e garantia dos Direitos Fundamentais e, quando isto não for possível materialmente, que se garanta o mínimo existencial.

O Constituinte de 1988 traçou várias balizas de proteção aos Direitos Fundamentais, sendo uma delas muito importante e com raiz no Princípio da Proteção da Confiança – os Direitos Adquiridos. O

art.5º, XXXVI da nossa Lei Maior estabelece que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Além desta proteção aos Direitos Fundamentais encontramos outros esteios ao longo da Carta Magna especialmente no Título I – Dos Princípios Fundamentais e no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. É preciso lembrar que no art. 1º, em seus incisos, na nossa Carta Magna foram erigidos como fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político.

Ingo Sarlet¹⁹, ao tratar do problema da eficácia dos Direitos Fundamentais, ressalta que:

[...] em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art.5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.

A autora Sabrine Silva Kauss²⁰ alerta:

Sucedo, contudo, que o argumento da reserva do possível não deve ser utilizado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, mitigando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam inoperantes.

A Teoria da Reserva do Possível, portanto, não pode ser utilizada indiscriminadamente, mas apenas em situações extremas e sem perder de vista as prioridades reais do Estado Social Brasileiro, plasmadas na Constituição Federal de 1988.

18 QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, ISBN 978-972-32-1424-6, Depósito Legal nº 243 929/2006, Agosto de 2006, p. 61-110.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 241-402 (2ª Parte, itens 1 a 3).

20 KAUSS, Sabrine Silva. Breves notas sobre a reserva do possível no neoconstitucionalismo brasileiro. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MACHADO, Flávia Sulz Campos; CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Novas Fronteiras do Neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, processo e cidadania*. Salvador, Bahia: Paginae, 2019, p. 269-277

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade está entrelaçada ao trabalho e ao ideal de solidariedade e nestes tempos de crise verificamos como os trabalhadores *lato sensu* se viram desprotegidos e precarizados. Tal situação aprofundou a decadência econômica da sociedade capitalista revelando as escaras do neoliberalismo. Neste momento valores como a dignidade humana e a solidariedade se encontram em um ponto crítico.

Com a crise agravada pela pandemia é necessário considerar que somos todos vulneráveis, porém alguns reúnem condições materiais melhores para lidar com a crise, outros acumulam de forma egoísta e inconsequente, enquanto milhares, na base da pirâmide social, se veem precarizados, em condições de trabalho cada vez mais degradadas. O princípio da vedação ao retrocesso social surge como um instrumento para resguardar os direitos já conquistados.

Tais balizamentos são necessários para que os Direitos Fundamentais sejam protegidos do mero arbítrio dos agentes políticos na definição de políticas e destinação de recursos públicos, sendo o Poder Judiciário aquele que exercerá o controle das ações legislativas e executivas dissociadas dos parâmetros definidos na Constituição de 1988.

O princípio da vedação ao retrocesso social reforça a certeza de que não é possível retroceder diante do patamar mínimo civilizatório já garantido pela humanidade.

A execução dos Direitos Sociais está intimamente ligada a despesas financeiras consideráveis para a sua implementação, portanto a capacidade prestacional do Estado funcionaria com limitador. Cumpre ressaltar, entretanto, que a Teoria da Reserva do Possível não pode ser utilizada desenfreadamente como forma do Poder Público se esquivar de implementar ou dar efetividade aos Direitos Sociais. A mera alegação de escassez de recursos não é justificativa suficiente para a recusa da implementação dos Direitos Sociais. A solução proposta pela Teoria da Reserva do Possível deve ser utilizada em situações excepcionais, pois justamente nos momentos de grave recessão econômica a proteção aos desamparados se torna mais urgente e necessária. Não se pode perder vista, portanto a garantia do mínimo existencial, visando o amparo a dignidade da pessoa humana, buscando sempre equilíbrio na distribuição dos recursos disponíveis.

A Constituição Federal de 1988 sempre servirá de esteio para limitar a excessiva flexibilização dos Direitos Sociais, por conter um patamar mínimo civilizatório, não sendo possível que a nossa sociedade retroceda, mas sempre caminhe para frente na implementação e garantia dos Direitos Fundamentais e, quando isto não for possível materialmente, que se garanta o mínimo existencial.

A Teoria da Reserva do Possível, portanto, não deve ser utilizada indiscriminadamente, mas apenas em situações extremas e sem perder de vista as prioridades reais do Estado Social Brasileiro, plasmadas na Constituição Federal de 1988.

Finalmente é necessário observar três linhas de ação para apreciação de questões que versem acerca da vulneração dos Direitos Fundamentais e, em especial, aos Direitos Sociais.

Primeiramente recordar que as balizas residem na Constituição Federal de 1988 e a partir do patamar mínimo posto pelo legislador constituinte apreciar a normas de direito infraconstitucional, para que não haja retrocessos no desenvolvimento do Brasil como Estado Democrático de Direito, uma vez que um de seus pilares é a dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, lembrar que o Poder Público deve voltar sua atenção para o desenvolvimento sustentável, considerando que nossos recursos naturais são finitos e que o ser humano extrai da natureza toda a matéria-prima para a produção de bens de consumo que movimentam a economia, bem como tal produção gera lixo que necessita de descarte adequado. Diante desta perspectiva é necessário equilibrar a premente escassez de recursos, com uma lógica de desenvolvimento equilibrada e não autofágica e simultaneamente promover a progressiva efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os Sociais e Ambientais.

Em terceiro lugar, o julgador não pode perder de vista que o Princípio do Não Retrocesso Social deve ser sempre aplicado, pois a civilização caminha para frente e deve ter sempre em vista sua evolução, em que pese deva considerar os limites materiais existentes para a implementação de determinados Direitos, dentro da perspectiva da Teoria da Reserva do Possível e de que esta tem como contraponto a dignidade da pessoa humana, devendo ser oferecido ao menos o mínimo existencial, apenas quando não for possível implementar todos os Direitos Fundamentais garantidos na Constituição.

6. REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Capítulos 4 (p. 180-217) e 9 (p. 450-519)
- BAYLOS, Antonio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. Trad. Flávio Benites Cristina Schultz. São Paulo: LTR, 1999, p. 59-128.
- BERNARDI, Renato; FRANÇA, Sandra Gonçalves Daldegan. Vulneráveis em estado de pandemia: pensar sistêmico emergente em tempos do COVID-19. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *COVID-19 e direito brasileiro: mudanças e impactos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 605.
- BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Edições Almedina, S/A, 2015.
- COSTA, Alexandre Bernardino; TORRACA, Lia Beatriz Teixeira. A Projeção do Humano em Tempos de Austeridade: o Esquecimento do Homem. In: PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; DURÁN, Carlos Villán, RICOBOM, Gisele, BACK, Charlott. 70º ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS – *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 57-62.
- CRORIE, Benedita Mac. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 61-190 e 215-307.
- GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho*. Perspectivas históricas, filosóficas e dogmática-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 267-342.
- JÚNIOR, Geraldo Calasans da Silva. Restrições a direitos fundamentais em tempos de pandemia: contribuições para o por vir do Poder Judiciário brasileiro. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; VITALE, Carla Maria Franco Lameira. *Paradigmas do conhecimento jurídico e pandemia* Salvador: Paginae, 2021, p. 87-110.
- JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira; SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. O Estado Constitucional Solidário e a Pandemia de COVID-19: Breves Lineamentos. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p. 266-295.
- KAUSS, Sabrine Silva. Breves notas sobre a reserva do possível no neoconstitucionalismo brasileiro. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MACHADO, Flávia Sulz Campos; CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. *Novas Fronteiras do Neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, processo e cidadania*. Salvador, Bahia: Paginae, 2019, p. 269-277
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *La constitución del trabajo en el Estado Social*. Granada: Comares, 2002. p. 1/74
- MEIRELES, Edilton. A constituição do trabalho. O trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. São Paulo: LTr, 2018, p. 101.
- MEIRELES, Edilton. Direitos Fundamentais Trabalhistas na Pandemia e o Não Retrocesso Social. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. Volume 2. São Paulo: IASP, 2020, p. 200-213.
- MONEREO PÉREZ, José Luiz. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: CES, 1996. p. 45/157.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Direito do trabalho e ideologia*. Trad. Antonio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001. p. 15-44.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 61-110.
- ROCHA, Ailton Schramm de Rocha. A Proibição de Retrocesso como Princípio Constitucional: Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais em Contexto de Emergência Global. In: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p. 30-41.
- SANTOS, Lília Teixeira. A função dos Direitos Humanos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MACHADO, Flávia Sulz Campos. *Estudos jurídicos fundamentais*. Salvador: Paginae, 2018, p. 183-232.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. In: Rev, TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 241-402 (2ª Parte, itens 1 a 3)

Do precário ao perene: oportunidades na negociação coletiva para conformação do teletrabalho pós-pandemia

Célio Pereira Oliveira Neto*

RESUMO: Partindo da premissa de que durante a Covid-19 foi instituído teletrabalho em modo precário, e que ao final da pandemia o regime terá que ser revisitado, o presente artigo procura indicar oportunidades para buscar conformação via negociação coletiva, iniciando pela formação profissional e igualdade de oportunidades, passando por temas caros e que ficaram mais escancarados durante a crise de saúde, tais como: respeito à desconexão, controle ou ausência de controle de jornada, monitoramento a distância, saúde e segurança no teletrabalho, privacidade e intimidade, assim como ônus da atividade, no contexto do novo papel sindical. Lançam-se, pois, breves luzes sobre as oportunidades apontadas, indicando breves argumentos de lado a lado, para que em sede de negociação coletiva, via conformação, o teletrabalho ofereça o que há de melhor, e ao mesmo tempo não seja utilizado ou permita a violação de direitos, assim como alcance a necessária e almejada segurança jurídica.

PALAVRAS-chave: teletrabalho, oportunidades, atuação sindical, conformação, pós-pandemia

ABSTRACT: Based on the premise that telework was introduced in a precarious mode during Covid-19, and that at the end of the pandemic the regime will have to be revisited, this article seeks to indicate opportunities to seek conformation through collective bargaining, starting with professional training and equality of opportunities, going through expensive topics that became more open during the health crisis, such as: respect for disconnection, control or lack of control of working hours, remote monitoring, health and safety in telework, privacy and intimacy, as well as the burden of activity, in the context of the new union

role. Therefore, a brief light is shed on the opportunities identified, indicating brief arguments from side to side, so that in the context of collective bargaining, via conformation, teleworking offers the best, and at the same time is not used or allows the violation of rights, as well as achieving the necessary and desired legal certainty.

KEYWORDS: telework, opportunities, union action, conformation, post-pandemic

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Balanço do Teletrabalho durante a Covid-19. 2.1. Teletrabalho precário. 2.2. Aprovação e necessidade de conformação. 3. Oportunidades na negociação coletiva. 3.1. Formação profissional e (re)capacitação. 3.2. Integração, Prevenção e Inclusão. 3.3. Ausência ou controle de jornada. 3.4. Desconexão. 3.5. Monitoramento a distância. 3.6. Regras para o consentimento. 3.7. Fiscalização in loco. 3.8. Ônus da atividade. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente o teletrabalho sempre se desenvolveu na crise. Assim o foi na sua primeira escalada, quando na década de 70 (setenta), diante da crise do petróleo, Jack Niles propôs a inversão da operação: ao invés de as pessoas se conduzirem ao trabalho, o trabalho que se dirija até as pessoas.

A segunda expansão veio após os atentados às Torres Gêmeas em 2001 (dois mil e um), pois ao dia seguinte dos ataques terroristas grande parte das empresas instaladas no World Trade Center já estavam desenvolvendo as suas atividades de forma descentralizada, a distância, por meio da telemática (comunicação + informação/informática).

E não foi diferente diante da crise sanitária provocada pela Covid-19, quando o teletrabalho viveu o seu maior momento de protagonismo, contribuindo decisivamente para que significativa parte das empresas, organizações e trabalhadores continuassem exercendo as suas atividades, mesmo em meio às ameaças iminentes que a pandemia representava à saúde das pessoas, atingindo de maneira inexorável a economia de países, empresas, organizações e trabalhadores.

(*) Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (titular da cadeira 75). Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Professor; Membro do Grupo de Pesquisa GETRAB-USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior; Membro da Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Coordenador do Conselho de Relações Trabalhistas da Associação Comercial do Paraná; Diretor Jurídico da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades – SOBRATT; Presidente do Instituto Mundo do Trabalho – IMT; Sócio fundador Célio Neto Advogados.

2. BALANÇO DO TELETRABALHO DURANTE A COVID-19

O cenário vivido desde o início da pandemia da Covid-19 é de teletrabalho precário, eis que em sua imensa maioria desestruturado e completamente fora do quadrante das CNTP – “condições normais de temperatura e pressão.”

2.1. Teletrabalho precário

Quase 4 bilhões de pessoas foram colocadas em alguma espécie de distanciamento social, de supertão, sem planejamento, convivendo com a ameaça da doença cada vez mais próxima de seus entes queridos, quando não atingindo a família, e ceifando milhares de vidas.¹

Além do medo da doença e ausência de planejamento, nesse modelo de teletrabalho precário tudo acontecia junto e misturado. O *home schooling* passou a fazer parte do cenário familiar, onde conviviam cônjuges e filhos, grande parte das vezes, em poucos cômodos, sem espaço destinado ao trabalho.

A mesa das refeições, o sofá da sala, e parte das vezes a cama passaram a ser o local de desenvolvimento do trabalho, sem maior atenção às questões de ergonomia, e mesmo ao direito de desconexão, entendido como tal direito ao lazer e descanso em oposição ao trabalho.

Os espaços eram disputados por toda a família, sendo comum cônjuges desenvolvendo as suas atividades profissionais e crianças assistindo aulas no mesmo local. Quando não, um cônjuge em momento de lazer, enquanto outro trabalhava, ao tempo em que uma criança assistia aula e a outra à televisão – tudo junto e misturado, num cenário que não permitia organização e misturava trabalho e lazer de modo demasiado.

Nessa esteira, a revista IstoÉ Dinheiro, de 27.05.2020, apontou pesquisa realizada pelo LinkedIn em que teletrabalhadores indicaram pontos negativos do teletrabalho, os relacionando na ocasião, e distribuindo percentualmente nos seguintes tópicos: distração com notícias sobre a Covid-19 (34%); dificuldades em conciliar trabalho e cuidado com os filhos (20%); desafios em trabalhar com o parceiro em casa (22%).²

1. Até o dia 18.08.22, segundo o portal de notícias g1, foram mais de 682 mil mortes. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/coronavirus/estados-brasil-mortes-casos-media-movel/>. Acesso em: 18/ago/2022.
2. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/home-office-esta-afetando-a-saude-dos-trabalhadores-diz->

A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) reconheceu que à medida em que as infecções pela Covid-19 avançavam pelo mundo, os países trataram de dar instruções aos empregadores para encerrar suas operações, e, se possível instituir o teletrabalho em tempo integral. E isso com muito pouco tempo de preparação tanto para os empregadores, quanto para os trabalhadores. Algo que se planejou como uma solução temporária e a curto prazo acabou se sucedendo por meses.³

2.2. Aprovação e necessidade de conformação

Mesmo em meio a esse quadro precário, as empresas e organizações tiveram ganho de produtividade, do que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é mero exemplo. Com efeito, a área que cuida da pesquisa e desenvolvimento da agência analisou 210% (duzentos e dez por cento) mais projetos, e a área de projetos de eficiência energética avaliou 111% (cento e onze por cento) mais projetos, se comparados os mesmos períodos de 2019 e 2020.⁴

Por sinal, se considerados os 5 (cinco) primeiros meses do ano de 2020, a ANEEL obteve uma economia de R\$ 15.100.000 (quinze milhões e cem mil reais), diante da redução dos gastos nos escritórios da agência, em razão da adoção do teletrabalho.

Os resultados decorrentes da maior produtividade no trabalho descentralizado por meio da telemática, tal como já defendia o filósofo italiano Domenico de Masi⁵, combinados com a redução de despesas nas organizações conduzem à previsão de manutenção do teletrabalho, seja em regime *full time* (integral), seja ocasional, seja *part time* (híbrido).

—pesquisa-do-linkedin/ IstoÉ Dinheiro, 27.05.2020. Acesso em: 24/out/2021

3. *Entre enero y marzo de 2020, a medida que las infecciones por COVID-19 se extendieron por todo el mundo, los países dieron instrucciones a los empleadores de cerrar sus operaciones y, de ser posible, aplicar el teletrabajo a tiempo completo para sus trabajadores, con muy poco tiempo de preparación tanto para los empleadores como para los trabajadores. Algo que se planeó como una solución temporal y a corto plazo ha estado sucediendo desde hace meses.*
4. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/blog/ana-flor/post/2020/06/08/na-aneel-teletrabalho-aumenta-produtividade-e-economiza-r-15-milhoes.ghtml>. Acesso em 24/out/2021.
5. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2021/08/27/domenico-de-masi-considera-home-office-aliado-do-ocio-criativo-mas-alerta-quem-exagera-sao-neuroticos.ghtml>. Acesso em: 26/out/2021.

Nesse sentido, em 08.06.2020, em matéria do Valor⁶, o Presidente da Petrobrás afirmou que a pandemia demonstrou ser possível trabalhar com 50% (cinquenta por cento) do efetivo nos escritórios, tendo em seguida a Revista Época Negócios⁷ noticiado que a Petrobrás teria decidido manter cerca de metade da sua equipe administrativa trabalhando permanentemente em casa.

O metrô de São Paulo (Companhia do Metropolitan de São Paulo), após projeto frustrado de teletrabalho, retomou os planos com força total, inclusive programando a venda de um imóvel e entrega de outros dois alugados, desocupando ao final três prédios, numa economia estimada de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) por ano.⁸

No Banco do Brasil (BB), segundo o veículo Valor PRO⁹, há planos de manter cerca de 10.000 (dez mil) empregados de áreas administrativas em jornada parcialmente remota, considerados os 32.000 (trinta e dois mil) que atuaram remotamente no curso da pandemia.

Por sinal, segundo dados internos do BB, a economia projetada é de R\$ 180.000.000 (cento e oitenta milhões de reais) por ano em despesas com imóveis, se consideradas redução de custos de aluguel e manutenção, mediante implementação de teletrabalho, na modalidade *home office*, de acordo com os planos de alcançar 10.000 (dez mil) empregados.¹⁰

Estudos da Fundação Getúlio Vargas (FGV) apontam que o número de empresas que dão preferência a empregar trabalhadores deve aumentar pelo menos 30% (trinta por cento) ao final da pandemia do Coronavírus.¹¹

Alguns dos exemplos de abertura de vagas em *home office* foram dados pela Localiza, mediante

processo de contratação de 200 (duzentas) vagas, cuja seleção e integração ocorreram *on line*¹², assim como pela Stone que ofereceu oportunidades de trabalho principalmente para desenvolvedores de software e designs, cuja candidatura foi levada a efeito pelo LinkedIn e site da Gupy.¹³

Do lado dos trabalhadores, a seu turno, matéria do Valor¹⁴ revelou que segundo análise da Fundação Dom Cabral com a Grant Thornton, realizada com 705 (setecentos e cinco) profissionais, 54% (cinquenta por cento) pretendiam solicitar aos gestores para trabalharem remotamente após a crise.

Em 2020, a LogMeIn Inc. divulgou pesquisa anual encomendada pela GoTo by LogMeIn, conduzida pela OnePoll, que apontou que cada empregado poderia economizar, em média, 50,32 (cinquenta vírgula trinta e dois minutos) por dia no trânsito, observando-se que segundo o estudo, o trânsito é responsável por 73,2% (setenta e três vírgula vinte por cento) de aumento do estresse em relação ao trabalho para os brasileiros.

A pesquisa conduzida pela OnePoll guarda correspondência com a informação do Correio da Paraíba, que antecede a pandemia da Covid-19, de que o brasileiro gasta 37 (trinta e sete) dias por ano no trânsito, acrescendo que só o tempo gasto no deslocamento nas regiões metropolitanas para o trabalho gera custo adicional de 62,1 bilhões por ano à economia, devido às más condições da mobilidade urbana.¹⁵

Portanto, ainda que num quadro de teletrabalho precário, as empresas, organizações e trabalhadores aprovaram o trabalho a distância por meio da telemática, o que indica não só a continuidade, mas a perenidade do regime.

Entretanto, ainda que aprovado, há muito a ser conformado. Tanto assim o é que, segundo o Jornal Globo, de 08.05.2020, 73% (setenta e três por cento) dos brasileiros disseram preferir não trabalhar em tempo integral em casa após a Covid-19.¹⁶

6. Disponível em: <https://exame.com/negocios/podemos-trabalhar-com-50-dos-funcionarios-em-casa-diz-ceo-da-petrobras/>. Acesso em: 26/out/2021.

7. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/06/petrobras-mantera-metade-do-pessoal-administrativo-em-home-office-permanente.html>. Acesso em 24/out/2021.

8. Disponível em: <https://www.metrocptm.com.br/pandemia-faz-metro-de-sao-paulo-aderir-ao-home-office-permanente/>. Acesso em: 24/out/2021.

9. Disponível em: <https://cnf.org.br/sistema-home-office-podera-ser-permanente-nos-bancos/>. Acesso em 24/out/2021.

10. Disponível em: <https://cnf.org.br/sistema-home-office-podera-ser-permanente-nos-bancos/>. Acesso em 24/out/2021.

11. Disponível em: <https://webitcoin.com.br/covid-19-pode-mudar-permanentemente-a-forma-como-trabalhamos-hoje/>. Acesso em: 24/out/2021.

12. Disponível em: <https://exame.com/carreira/localiza-abre-200-vagas-de-tecnologia-com-home-office-e-inicio-imediato/>. Acesso em 24/out/2021

13. Disponível em: LinkedIn ou pelo site da Gupy.

14. Disponível em: <http://feittinf.org.br/funcionarios-desejam-continuar-no-home-office-apos-pandemia-diz-estudo/>. Acesso em: 24/out/2021.

15. Disponível em: <https://www.ciclocontadoresassociados.com.br/home-office-veja-as-principais-vantagens-segundo-os-brasileiros/>. Acesso em 24/out/2021.

16. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/73-dos-brasileiros-nao-querem-home-office-integral/>. Acesso em: 24/out/2021.

Na mesma esteira, pesquisa realizada pelo Banco Original em parceria com a Consultoria 4CO mostrou que, para 57% (cinquenta e sete por cento) dos brasileiros, o *home office* está mais cansativo, apesar de a rotina ser menos agitada.¹⁷

Há diversos desafios a serem enfrentados, sobretudo no que tange à formação profissional e igualdade de oportunidades, respeito à desconexão, controle ou ausência de controle de jornada, monitoramento a distância, saúde e segurança no teletrabalho, privacidade e intimidade, proteção de dados pessoais, ônus da atividade, no contexto do novo papel da representação sindical – temas sobre os quais passa-se a jogar algumas luzes, a fim de demonstrar oportunidades para o campo das negociações coletivas de trabalho.

3. OPORTUNIDADES NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Historicamente o movimento de representação sindical não vê o teletrabalho com bons olhos. Isso porque pensavam os sindicatos não conseguirem a mesma aproximação que o ambiente das fábricas permitia com os trabalhadores.

No entanto, muito antes da pandemia da Covid-19, já se tinha notícia de greve por meio da uma plataforma denominada Second Life, toda ela realizada em ambiente virtual, levada a efeito pelos empregados da IBM italiana.¹⁸

De lá para cá, os movimentos sociais de 2015 (dois mil e quinze) foram só uma mostra do que as redes sociais e o uso dos ambientes virtuais podem proporcionar, o que ficou escancarado diante do cenário pandêmico enfrentado.

A Recomendação 184 da OIT¹⁹, parte V, em seu número 11, trata da preservação do direito de sindicalização e do direito à negociação coletiva em regime de trabalho em domicílio, podendo ser aplicada de modo mais amplo para o regime geral de teletrabalho.²⁰

Las restricciones legislativas o administrativas u otros obstáculos:

(a) al ejercicio del derecho de los trabajadores a domicilio a constituir sus propias organizaciones o a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que escojan y a participar en las actividades de esas organizaciones;

(b) al ejercicio del derecho de las organizaciones de trabajadores a domicilio a afiliarse a federaciones o confederaciones sindicales, deberían ser identificados y suprimidos.

A mesma Recomendação, em seu item 12, apresenta fomento à negociação coletiva para efeito de fixar condições de trabalho e emprego para os trabalhadores em domicílio.²¹

Como se sabe, trabalho em domicílio não é necessariamente teletrabalho, atrelando-se muito mais ao trabalho manufatureiro prestado durante as primeiras revoluções industriais a partir de casa, do que é destacado exemplo as atividades têxteis.

Nem por isso, contudo, o item 12 da Recomendação 184, deve passar despercebido, a um porque pode ser utilizado de modo analógico; a dois porque o conteúdo da Recomendação 184 é mais amplo, tendo por escopo o fomento à negociação coletiva em sentido lato.

Portanto, ainda que a Recomendação 184 não seja vinculativa, serve no campo orientativo a fim de empregar valor ao campo das negociações coletivas, fomentando-as a fim de fixar condições de trabalho e emprego.

O Código de Trabalho de Portugal, em seu art. 171º, tutela expressamente o uso das tecnologias de informação e comunicação para reunião com a representação de trabalhadores²². Ou seja, o direito português contempla norma que garante o uso dos instrumentos de trabalho da empresa (computador, internet e infraestrutura) para atuação na representação dos trabalhadores²³

17. <https://calltocall.com.br/pesquisa-banco-original-e-4co-sobre-trabalho-remoto-na-quarentena/>. Acesso em: 24/out/2021.

18. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018. p. 179

19. Observa-se que as recomendações internacionais não enjam ratificação, até porque possuem mero efeito orientativo, não vinculando o Estado Membro.

20. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em Ambiente Virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018, p. 179.

21. *Deberían adoptarse medidas destinadas a fomentar la negociación colectiva como medio para fijar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores a domicilio*.

22. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em Ambiente Virtual: causas, efeitos e conformação*. 2ª ed: Revisada, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora LTR, 2021.

23. Art. 171º Participação e representação coletivas de trabalhador em regime de teletrabalho. 1 – O trabalhador em regime de teletrabalho integra o número de trabalhadores da empresa para todos os efeitos relativos a estruturas de representação coletiva, podendo candidatar-se a essas estruturas. 2 – O trabalhador pode utilizar as tecnologias de informação e de comunicação afetas à prestação de trabalho para participar em reunião promovida no local

Com a recente alteração no Código de Trabalho de Portugal, passou-se a contemplar também o direito a participar presencialmente em reuniões nas instalações da empresa mediante convocação das comissões sindicais e intersindicais ou comissão de trabalhadores, realocando-se as disposições do art. 171º para o art. 169º, que tratou expressamente da igualdade de direitos e deveres com os demais trabalhadores.²⁴

A Argentina, em sua recém editada Lei 27.555/2020, expressamente consigna, em seu art. 12º, que os teletrabalhadores gozam de todos os direitos coletivos e serão considerados, para fins de representação sindical, como parte do conjunto dos trabalhadores presenciais.²⁵

A lei do país vizinho é ainda expressa ao dispor, em seu art. 13º, que a representação sindical se dá

de trabalho por estrutura de representação coletiva dos trabalhadores. 3 – Qualquer estrutura de representação coletiva dos trabalhadores pode utilizar as tecnologias referidas no número anterior para, no exercício da sua atividade, comunicar com o trabalhador em regime de teletrabalho, nomeadamente divulgando informações a que se refere o n. 1 do art. 465. 4 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos ns. 2 ou 3. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

24. Artigo 169º Igualdade de direitos e deveres
8. O trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores da empresa com a mesma categoria ou com função idêntica, nomeadamente no que se refere a formação, promoção na carreira, limites da duração do trabalho, períodos de descanso, incluindo férias pagas, proteção da saúde e segurança no trabalho, reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais, e acesso a informação das estruturas representativas dos trabalhadores.
9. O trabalhador em regime de teletrabalho tem direito, no mínimo, a retribuição equivalente a que auferiria em regime presencial, com a mesma categoria e função idêntica.
10. O trabalhador em regime de teletrabalho tem o direito de participar presencialmente em reuniões que se efetuem nas instalações da empresa mediante convocação das comissões sindicais e intersindicais ou da comissão de trabalhadores, nos termos da lei aplicável.
11. O trabalhador em regime de teletrabalho integra o número de trabalhadores da empresa para todos os efeitos relativos a estruturas de representação coletiva, podendo candidatar-se a essas estruturas.
12. O trabalhador pode utilizar as tecnologias de informação e de comunicação afetas à prestação de trabalho para participar em reunião promovida no local de trabalho por estrutura de representação coletiva dos trabalhadores.
13. Qualquer estrutura de representação coletiva dos trabalhadores pode utilizar as tecnologias referidas no número anterior para, no exercício da sua atividade, comunicar com o trabalhador em regime de teletrabalho, nomeadamente divulgando informações a que se refere o n. 1 do artigo 465º.
14. Constitui contraordenação grave a violação do disposto neste artigo.
25. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em 26/out/2021

por meio da associação sindical da atividade a que os trabalhadores prestam serviços, devendo para tanto, ser considerados pelo empregador num centro de trabalho, unidade produtiva ou área específica da empresa para efeito de eleger ou ser eleito a fim de integrar os órgãos do sindicato ou associação sindical.

Como se nota, a Argentina não só garante expressamente o exercício da representação sindical, como o direito de eleger e ser eleito, vinculando o trabalhador e a própria representação à uma unidade produtiva, presumindo-se que tal seja a tomadora do serviço, o que por sinal é muito relevante para efeito de aplicação do teletrabalho transregional ou mesmo transnacional.

No Brasil, não há regras expressas garantindo o uso do computador e internet dos empregadores, pelos empregados quando do trabalho a distância por meio da telemática, para exercício da representação sindical.

Assim, inobstante o uso da infraestrutura do teletrabalho, também para conexão com o sindicato representante da categoria profissional, parecer ser corolário lógico da concretização do direito constitucional à representação sindical, a negociação sindical pode concretizar o projeto constitucional, no particular.

3.1. Formação profissional e (re)capacitação

A atuação sindical deve ser voltada à proteção dos postos de trabalho, mediante formação, capacitação e recapacitação dos trabalhadores, em cenário de exponenciais transformações provocadas, sobretudo, pela Quarta Revolução Industrial.

Deve o sindicato representante da categoria profissional atuar firmemente, no sentido de capacitar os trabalhadores para atuar por meio das novas tecnologias, renovando diuturnamente os conhecimentos e capacidades destes, possibilitando assim o exercício do teletrabalho para maior fatia de trabalhadores.

A economista da empresa de recrutamento Business ZipRecruiter, Julia Pollak, estima que as contratações na modalidade de trabalho remoto têm potencial para aumentar o emprego real nos Estados Unidos da América em até 10% (dez por cento), ou cerca de 15.000.000 (quinze milhões) de pessoas na próxima década.²⁶

-
26. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/efeito-home-office-pode-criar-15-milhoes-de-empregos-na-proxima-decada-nos-eua/>. Acesso em: 26/out/2021.

Nota-se, pois, que as novas tecnologias não só ceifam postos de trabalho, como também abrem outros, ainda que usualmente em proporção menor, mormente nos países de menor desenvolvimento econômico, onde não há investimentos mais largos em educação e qualificação do trabalhador.

Pois bem, no panorama que se projeta é bem possível que haja um contingente de trabalhadores sem ocupação, e ao mesmo tempo postos de trabalho vazios por ausência de pessoal qualificado para ocupá-los.

O teletrabalho, por sinal, na sua origem e desenvolvimento, volta-se à trabalhadores mais intelectualizados, que atuam com maior autonomia, distante dos olhos do empregador.

Tanto assim o é que a Pesquisa Home Office SAP em parceria com a SOBRATT, ao pesquisar 554 (quinhentos e cinquenta e quatro) empresas, num universo de 1.465.255 (um milhão, quatrocentos e sessenta e cinco mil, duzentos e cinquenta e cinco trabalhadores), indicou a concentração das empresas em teletrabalho nas regiões mais ricas do Brasil.

Com efeito, 68% (sessenta e oito por cento) das empresas pesquisadas estavam concentradas no Sudeste, 18% (dezoito por cento) no Sul, 6% (seis por cento) no Nordeste, 6% (seis por cento) no Centro-Oeste e 2% (dois por cento) na região Norte.

No entanto, com a pandemia e mesmo diante do exemplo acima quanto à perspectiva americana de abertura de novos postos de trabalho, pode-se lançar novas perspectivas, no sentido de que o trabalhador brasileiro seja formado, capacitado e recapitado a fim de atuar a distância.

Na Argentina, a Lei 27.555, em seu art. 11, dispõe que compete ao empregador garantir a correta capacitação do empregado nas novas tecnologias, o que poderá se dar em conjunto com o sindicato e Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social do país.²⁷

Quer parecer necessária a firme atuação dos sindicatos representantes dos empregados, mas não isolada, e sim combinada num grande esforço social, com a participação de sindicatos de empresas, organizações e governo visando o bem social, considerado como tal uma sociedade justa e solidária, no caso representada por trabalhadores qualificados e aptos a ocupar postos de trabalho a serem gerados, proporcionando riqueza e renda para todos.

Por sinal, pode-se negociar coletivamente o favorecimento de regiões menos desenvolvidas no país, por meio do trabalho a distância, com a criação de telecentros comunitários, ou mesmo decorrentes de parceria entre os sindicatos das categorias econômica e profissional.

3.2. Integração, prevenção e inclusão

A integração na empresa e a prevenção quanto às doenças e acidentes de trabalho são temas de responsabilidade das empresas, que devem ser inseridos no âmbito de um programa estruturado de teletrabalho, a ser tratado detalhadamente em políticas complementares.

Contudo, como até o momento a maior parte das organizações não implementou um teletrabalho estruturado, atuando, ao invés, de modo precário, parece haver fértil terreno para que a representação sindical dos trabalhadores negocie a obrigação de as empresas implementarem políticas de teletrabalho, e quando não estabelecendo regras mínimas visando promover a efetiva integração do teletrabalhador no âmbito da empresa, prevenindo a ocorrência de acidentes e doenças do trabalho.

Assim, quando o teletrabalho é executado na mesma localidade da empresa, a representação sindical deve negociar um período interno de integração, a fim de que o teletrabalhador conheça os colegas, e tenha uma visão geral da empresa, com o escopo de diminuir o sentimento de isolamento, permitindo ao invés a sensação de pertencimento a que Zygmunt Bauman faz referência²⁸

De igual sorte, quando o trabalho é desenvolvido em localidade distinta da sede, a negociação coletiva pode prever reunião de integração, além do uso de canais de comunicação e outros meios para que o teletrabalhador seja efetivamente integrado.²⁹

Igualmente, seja na sede ou a distância, o sindicato representante da categoria profissional deve negociar coletivamente a adoção de políticas de prevenção, a fim de que o teletrabalhador seja orientado em temas como ergonomia na execução das atividades, trabalho repetitivo, número de horas na frente da tela do computador, separação entre família e trabalho, cuidados para evitar

27. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em: 23/out/2021.

28. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em Ambiente Virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018, p. 182.

29. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em Ambiente Virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018, p. 220

acidentes em casa, assim como observância dos períodos de descanso.

No particular, vale menção ao curso de formação quanto à administração do tempo e orientações sobre ergonomia, promovido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG), bem antes do surto pandêmico, ainda no ano de 2016.

Também cumpre mencionar a Resolução 227 do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), que em seu item 12, prevê que os tribunais promoverão a difusão de conhecimentos relativos ao teletrabalho e de orientações para saúde e ergonomia, por meio de cursos, palestras, oficinas e outros meios.³⁰

Durante a pandemia, o portal g1Globo, de 13.04.2020, noticiou que o Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso (TRE/MT) promoveu plantão psicológico a fim de auxiliar seus servidores na adaptação ao teletrabalho e isolamento social.³¹

Visando um teletrabalho perene, estruturado, está aberta à representação sindical a possibilidade de negociar a integração do trabalhador, assim como, em especial, de pactuar treinamento e capacitação visando a prevenção de doenças e acidentes no teletrabalho.

Em seu novo papel, o sindicato deve igualmente voltar-se às políticas inclusivas, fomentando a contratação de pessoas com deficiência, e reduzindo drasticamente o deslocamento ao trabalho, que requer uso do precário transporte público e ingresso em prédios que grande parte das vezes não dispõe da necessária acessibilidade.

E ainda, visando a adoção de práticas que permitam à mulher o crescimento efetivo no mercado profissional, almejando uma igualdade real, deve ser inserido o teletrabalho pós licença maternidade no âmbito das negociações sindicais, e inclusive o teletrabalho pós-licença paternidade – sempre que as atividades assim o permitirem.

No que tange às políticas anti-discriminação, o pacto coletivo deve ir além das questões tradicionais, mas voltar-se às oportunidades de promoção e progressão funcional dos que atuam em

teletrabalho, sobretudo quando em regime integral, mantidas as mesmas oportunidades do trabalho presencial, tal como exemplificativamente previsto no Decreto 37695 em Costa Rica.³²

3.3. Ausência ou controle de jornada

A MP 1.108, objeto do PLV 21/2022³³ altera a regra geral da isenção de controle de jornada para o teletrabalhador, constante do art. 62, inciso III da CLT, de modo a tornar a ausência de controle uma exceção também no regime de teletrabalho.³⁴

Com a modificação, a isenção de controle de jornada somente ocorre quando da contratação por produção ou tarefa, em regime de teletrabalho.

Tal alteração tem o potencial de gerar insegurança jurídica, na medida em que pode levar o empresário a acreditar que a inserção de KPIs e medidas de produção ou tarefa sejam aptas a promover a isenção de controle, quando numa interpretação jurídica, o §3º do art. 75-B trata da prestação de serviços por produção ou tarefa, ou seja, em princípio diz respeito à forma de contratação, cuja remuneração está atrelada à produção ou tarefa.

Tem o sindicato representante da categoria profissional, pois, a oportunidade de negociar regras em instrumentos coletivos que ofereçam maior clareza à regra trazida pelo PLV 21/2022, ou que contemplem a manutenção do controle de jornada.

Outrossim, quando a função e funcionamento da organização ou empresa permitir, existe campo para negociar a inserção de jornadas flexíveis, que mais atendam aos interesses dos trabalhadores, sem perder de vista os interesses do empregador.

3.4. Desconexão

A exemplo de suas antecessoras, a MP 1.108, convertida no PLV 21/2022 pode ter prestado um desserviço, no que tange ao direito de desconexão, ao prever que o tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, assim como de softwares, de ferramentas digitais ou

30. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_227_15062016_17062016161058.pdf. Acesso em: 23/out/2021.

31. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2020/04/13/tre-faz-plantao-psicologico-para-auxiliar-servidores-na-adaptacao-de-teletrabalho-e-isolamento-social-em-mt.ghtml>. Acesso em 24/out/2021.

32. i) *Los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de desarrollo de la carrera administrativa y profesional que sus homólogos que laboran en las instalaciones de su institución empleadora.*

33. Aguardando sanção presidencial.

34. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Teletrabalho e a MP 1.108: Desafios Legislativos e o Direito Comparado. No prelo.

aplicações de internet para o teletrabalho fora da jornada normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo de trabalho.

Tais dispositivos devem ser lidos com reserva, não parecendo razoável outra interpretação se não a de que o uso do ferramental tecnológico fora da jornada normal, para outros fins que não o trabalho, não representará tempo à disposição, prontidão ou sobreaviso.³⁵

É recomendável, pois, que o empregador tenha o cuidado de não confundir o uso de aplicativos pelo empregado ou ocasional encaminhamento de correios eletrônicos fora do horário de trabalho, com a realização de trabalho constante por meio de aplicativos ou outros meios de comunicação em horário diverso do contratado.

Timidamente a MP 1.108 prevê que acordo individual poderá dispor sobre os horários e meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais, como: intervalos intrajornada, interjornadas, descansos semanais e férias.

De toda sorte, ainda que inserido na regra do art. 62, inciso III, há de se respeitar os dias de descanso semanal remunerado e feriados, e mesmo as jornadas diárias não se ativando no labor como se não houvesse amanhã³⁶, afinal a ausência de controle de jornada não macula o direito constitucional ao gozo do descanso semanal remunerado, ou das férias e feriados.

Deve-se observar, pois, o direito à desconexão, afinal como pensar em total desligamento das atividades laborais quando um alerta de nova mensagem ou e-mail já convoca ao novamente ao trabalho?

Para tanto, o sindicato tem campo vasto para negociar que as empresas implementem regras internas que contemplem disposições relativas ao não encaminhamento de e-mails e outras formas de mensagens e/ou contatos fora do horário usual de trabalho, seja por parte dos gestores, seja por seus subordinados, e que se houver encaminhamento estes não devem ser respondidos.

35. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em Ambiente Virtual: Causas, Efeitos e Conformação*. São Paulo: LTR, 2ª edição, 2021, p.267.

36. O Enunciado 71 da Anamatra – ainda que sem efeito vinculativo, e voltado ao direito às horas extras – merece especial atenção na parte que trata do direito ao repouso semanal remunerado.

Por sinal, vale lembrar que foi na negociação coletiva que o direito de desconexão ganhou expressão, quando em França³⁷, no ano de 2014, ao constatarem que 12% (doze por cento) dos franceses sofriam de *burnout*, foi firmado pacto coletivo nos setores de engenharia, informática, consultoria e estudos de mercado a fim de que não fossem encaminhados e-mails e outras formas de comunicação após o período legalmente previsto para descanso.

Desde o início de 2017, o Código do Trabalho francês determina que toda empresa com mais de 50 empregados, negocie com estes um acordo sobre o direito de desconexão, estabelecendo regras quanto aos horários de encaminhamento, resposta de e-mail, WhatsApp, e outras formas de contato virtual à distância. Caso não haja consenso, a própria empresa deverá elaborar um código de boas práticas, estabelecendo a forma de exercício do direito de desconexão.³⁸

Também muito antes da pandemia, Portugal já previa no art. 170º do Código de Trabalho³⁹ que o empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico, como psíquico, quando em teletrabalho.

A Lei 27.555/2020, na Argentina, em seu art. 4º, prevê não só a manutenção do controle de jornada, mas também o impedimento de conexão fora da jornada legal contratada⁴⁰, contemplando expressamente o direito de não ficar conectado aos dispositivos digitais fora de sua jornada de trabalhos e nos períodos de descanso⁴¹, forte do art. 5º.

O Chile, mantendo a isenção de controle de jornada quando assim o for, consigna o direito à desconexão por 12 (doze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas do dia, dispondo expressamente que o empregador deve eximir-se de enviar comunicações ou fazer contatos com o empregado quanto este se encontrar em licença, férias ou afastamento.

37. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em Ambiente Virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018, p. 102.

38. OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018. p. 101.

39. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em: 23/out/2021.

40. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em 23/out/2021.

41. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em 23/out/2021.

No Brasil, de modo semelhante ao Chile, o Projeto de Lei 4044/2020, procura assegurar a observância ao direito de desconexão ao menos durante as férias, propondo a inserção do art. 133-A na CLT, mediante retenção dos aparelhos portáteis do trabalho pelo empregador, exclusão do empregado dos grupos de trabalho de serviço de mensageira e exclusão de aplicativos exclusivos do trabalho, visando evitar que o empregador entre em contato com o empregado durante as férias deste.

E de maneira hábil, o mesmo projeto de lei prevê a inserção do art. 65-A⁴² a fim de aplicar as disposições relativas ao Capítulo II, Seção III – Dos Períodos de Descanso aos casos de teletrabalho, ainda que a modalidade seja parcial, aí inclusa qualquer forma de comunicação entre empregador e empregado atinente ao trabalho e realizada por meio de ferramentas telemáticas.

Como se percebe, especialmente enquanto não editada lei a dar efetividade ao direito à desconexão, por meio do estabelecimento de regras mínimas, há vasto campo para que os sindicatos representantes dos trabalhadores negociem balizas que tenham por escopo tutelar o constitucional direito ao lazer e descanso, representado na espécie pelo direito à desconexão.

A título colaborativo, veja-se minuta de proposta de projeto de lei apresentada por ocasião da edição do livro *Trabalho em Ambiente Virtual: causas, efeitos e conformação*⁴³, tratando do direito de desconexão:

Art. 66-A. O direito de que trata o caput do art. 66 da CLT, assim como os direitos previstos pelos arts. 67 e 142 da CLT pressupõe o não encaminhamento de e-mails ou outras formas de comunicação virtual a respeito do trabalho nos períodos de lazer e descanso do empregado, salvo em situação extraordinária devidamente justificada.

§ 1º Caso o empregado receba e-mail e outras formas de comunicação virtual nestes períodos de descanso, terá o direito de não responder até que retorne às atividades normais de trabalho.

§ 2º Na hipótese de o empregador insistir no encaminhamento de e-mail e outras formas de comunicação virtual, por si ou

seus prepostos, a situação poderá ensejar a atribuição de pena de multa administrativa por infração à(s) regra(s) do(s) artigo(s) correspondente(s) sem prejuízo de responder por dano extrapatrimonial decorrente da violação ao direito de desconexão, se este representar dano existencial na forma do art. 223-B da CLT.

§ 3º O empregado que insista no encaminhamento de e-mail e outras formas de comunicação virtual a colegas de trabalho, de qualquer nível hierárquico, ou mesmo ao empregador, após expressa e ostensivamente orientado, poderá ser punido pelo empregador.

3.5. Monitoramento a distância

A vigilância a distância pode invadir a esfera da privacidade, e as novas tecnologias combinadas com aplicativos, permitem que o controle vá além inclusive daquele presencialmente exercido.

Não ao acaso o Estatuto dos Trabalhadores, em Itália, contempla a partir do art. 3º, e sobretudo no art. 4º, a preocupação com o monitoramento a distância⁴⁴, assim como o Código de Trabalho de Portugal é expresso ao prever que a vigilância a distância

44. Art. 3 (Personale di vigilanza)

I nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati.

Art. 4 (Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo)

1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti di cui al primo periodo possono essere installati previa autorizzazione delle sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell'Ispettorato nazionale del lavoro. I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi.

2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

3. Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. <http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/117-l-300-70-statuto-dei-diritti-dei-lavoratori>. Acesso em 26/out/2021.

42. Quer parecer, no entanto, s.m.j., que seria mais adequada a inserção no art. 66-A da CLT.

43. OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018. p. 276/277.

só pode ser exercida de forma lícita a fim de garantir a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inertes à natureza da atividade o justifiquem.⁴⁵

Nessa linha, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), em terras lusitanas, editou orientações no sentido de que *“a regra geral de proibição de utilização de meios de vigilância à distância, com a finalidade de controlar o desempenho profissional é plenamente aplicável à realidade do teletrabalho...”*⁴⁶.

Em suas razões, a CNPD fez constar que

*“soluções tecnológicas para controlo à distância não são admitidas. São disso exemplo os softwares que, para além do rastreamento do tempo de trabalho e de inatividade, registram as páginas de internet visitadas, a localização do terminal em tempo real ... fazem a captura de imagem do ambiente de trabalho”*⁴⁷

Prossegue a CNPD dispondo que

*“não é admissível impor ao trabalhador que mantenha a câmara de vídeo permanentemente ligada, nem, em princípio, será de admitir a possibilidade de gravação de telefonemas entre o empregador (ou dirigentes) e os trabalhadores”*⁴⁸

Nesse sentido, a Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital, em seu art. 17, veda a utilização de imagens para controle do desempenho profissional,

expressamente dispondo, em seu item 1, que:

*“A utilização de captação de imagens à distância no local de trabalho é permitida apenas para detetar situações ou acontecimentos que de forma acidental ponham em causa a segurança de pessoas e bens, não podendo ter a finalidade de controlar o desempenho profissional.”*⁴⁹

Consigna ainda, em seu item 2, que *“a captação de imagens só pode ter lugar em situações de risco para a segurança de instalações, pessoas e bens e com respeito aos princípios da adequação e necessidade.”*

E, na forma do item 3, que *“as condições de utilização dos equipamentos devem ser estabelecidas por escrito, seja por via contratual ou regulamento interno”*.

O art. 19 da Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital, tutela ainda o direito à proteção contra geolocalização abusiva, disciplinando que *“todos têm direito à protecção contra a geolocalização não consentida, só podendo a mesma ter lugar nos casos legalmente previstos nos domínios da segurança, defesa e investigação criminal.”*

E, especialmente em seu item 2, consigna que

Os metadados respeitantes a pessoas obtidos através dos meios de geolocalização não podem ser tratados, designadamente com recurso à inteligência artificial, fora dos limites previstos na legislação em vigor sobre a protecção de dados pessoais.

Pois bem, observado o direito de as empresas estabelecerem regras razoáveis e equilibradas em seus regulamentos internos, há todo um amplo campo de atuação sindical no sentido de conformar as relações tecnológicas com os direitos da personalidade, a fim de negociar regras mínimas que:

- a) sejam aptas a preservar os direitos à intimidade e privacidade do trabalhador, especialmente quando se trata da captação de sons e imagens;
- b) tenham o condão de preservar os direitos à intimidade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade quanto se trata da análise do desempenho profissional do trabalhador, via coleta de dados;
- c) sejam suficientes para a proteção contra o tratamento de metadados coletados em

45. Artigo 20.º Meios de vigilância a distância
1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.
2 – A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.
3 – Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.
4 – Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n.º 3.

46. https://www.cnpd.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf Acesso em: 26/out/2021.

47. Disponível em: https://www.cnpd.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf Acesso em: 26/out/2021.

48. Disponível em: https://www.cnpd.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf Acesso em: 26/out/2021.

49. Disponível em: <https://adecija.pt/direitos-na-era-digital-direito-a-desconexao-desligar-telemovel-e-computador-fora-do-horario-trabalho-pode-vir-a-ser-um-direito-dos-trabalhadores/>. Acesso em: 23/out/2021.

razão da geolocalização do trabalhador, especialmente com o recurso da inteligência artificial quando o regime permitir o trabalho de qualquer lugar (*anywhere office*).

Por falar em desempenho profissional e inteligência artificial (IA), está aí outra excelente matéria a ser objeto de negociação pelo sindicato, quando a análise é realizada por meio da IA ou automatizado, visando evitar discriminação, ou mesmo tratamento não isonômico.

Aqui deve valer-se da regra do art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que confere o direito à revisão da decisão automatizada, e mais do que isso, cabendo ao controlador dos dados (em regra empregador, quando em relação de emprego), sempre que solicitado, a prestação de informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada, claro que, observados os segredos comercial e industrial.

A negociação de regras mínimas no uso da decisão automatizada, por algoritmos, ou mesmo inteligência artificial é campo a ser explorado desde a fase do recrutamento e seleção, a fim de evitar processos discriminatórios, tal como o levado a efeito pela Amazon na contratação de programadores⁵⁰, afinal o algoritmo aprende com o histórico, reproduzindo comportamentos anteriores. Assim, se o histórico era de contratação de homens, assim o algoritmo o faz.

É claro que tais disposições valem para a negociação da proteção de dados do trabalhador nas situações gerais das relações de trabalho, o que alcança os meios físicos e digitais, mas neste estudo se está a tratar do teletrabalho, oferecendo-se destaque para as questões que envolvem a coleta de dados no monitoramento a distância, geolocalização e avaliação de desempenho.

3.6. Regras para o consentimento

A menção à LGPD faz lembrar a importância que o consentimento possui, vez que diretamente atrelado aos fundamentos e princípios que regem a proteção de dados. Contudo, como se sabe numa relação de desequilíbrio material, a manifestação do consentimento pode ser viciada, o que enseja especial cuidado.

Tanto assim o é que em Portugal, ao recepcionar o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), por meio da Lei 58/2019, fez constar em seu art. 28º, que trata das Relações Laborais, item 3, que *“salvo norma em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais”*⁵¹, em situações ali expressamente assim disciplinadas, destacando-se para os efeitos deste estudo o item “a”, *“se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador”*⁵²

A CNPD, no entanto, entendeu tratar-se de

“restrição não adequada, desnecessária e excessiva do direito fundamental à autodeterminação funcional ou à proteção dos dados enquanto direito ao controlo dos seus próprios dados, para lá do que é necessário à salvaguarda dos direitos e interesses dos trabalhadores[...].”

Com esse fundamento, a CNPD propôs a desaplicação da Lei 58/2019, nas situações em que viesse a apreciar o consentimento nas relações de trabalho.

Assim o fez mediante o uso do princípio da proporcionalidade, reconhecendo que embora a relação laboral não seja paritária, deve-se conceder ao trabalhador um mínimo de livre arbítrio para gozar do direito à autodeterminação informacional.

Ou seja, a CNPD entendeu que ceifar a possibilidade de o empregado consentir em qualquer situação na qual poderia ter vantagem representaria ferir de morte o núcleo essencial de outro direito fundado na dignidade da pessoa humana, que corresponde à autodeterminação informacional.

Vale notar, de outro lado, que tendo por base o julgado relativo à Lei do Censo em 1983, a Corte Constitucional Alemã entendeu que a autodeterminação informacional não implica primazia do consentimento, pois numa relação assimétrica a *contrario sensu* o consentimento pode retirar a efetividade da autodeterminação informacional.

Há, pois, amplo campo para o ente sindical negociar a necessária proteção ao consentimento, a fim de que o protagonismo do consentimento seja acompanhado da tutela dispensada às relações de

50. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2018/10/10/noticias/inteligencia-artificial-da-amazon-exercitava-pre-conceito/>. Acesso em: 26/out/2021.

51. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3118A0032&nid=3118&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=. Acesso em: 23/out/2021.

52. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3118A0032&nid=3118&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=. Acesso em: 23/out/2021.

desigualdade, dando efetividade à autodeterminação informacional.

Isso não significa, s.m.j., que deva o sindicato consentir no tratamento de dados coletados no âmbito das relações de teletrabalho, seja quanto às informações coletadas, o monitoramento ou a avaliação de desempenho, para citar algumas hipóteses, até porque existem outras bases legais a serem utilizadas no tratamento de dados nas relações de trabalho.

O papel do sindicato, quer parecer, deve ser de negociar trajetos e passos a serem seguidos quando a base for o consentimento a fim de que este seja: a) livre, ou seja não viciado; b) informado, a fim de que o trabalhador tome a decisão com base em informações claras e adequadas, assim como suficientes e ostensivas; c) inequívoco, ou seja não haja dúvidas quanto à manifestação de vontades, sendo as manifestações voltadas à finalidades determinadas, vedadas autorizações genéricas.

3.7. Fiscalização *in loco*

Importante campo de atuação será a negociação de regras para a inspeção das questões que envolvem saúde, segurança e medicina do trabalho, disciplinando meios e formas de como poderá ser levada a efeito a inspeção das condições de trabalho, quando na casa do teletrabalhador.

O Código de Trabalho de Portugal, em seu art. 170º, ao tratar da privacidade do trabalhador em regime de teletrabalho, no item 2, disciplina que

“sempre que o trabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objecto o controlo da actividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efectuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ela designada.”⁵³

No Chile, a recém editada Lei 12.221/2020 trata do tema dizendo que o empregador pode pedir que a autoridade ocupacional avalie e valide o local de trabalho do empregado, consoante redação do art.152, M.⁵⁴

O Enunciado 23, da Comissão 3, do CONAMAT, ainda que sem efeito vinculativo, assim dispõe:

COMISSÃO 3

23.TELETRABALHO. FISCALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. LIMITES

SEMPRE QUE O TELETRABALHO SEJA REALIZADO NO DOMICÍLIO DO TRABALHADOR, A VISITA AO LOCAL DE TRABALHO PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL, DEVERÁ SE DAR:

(I) COM A ANUÊNCIA E PRESENÇA DO EMPREGADO OU DE ALGUÉM POR ELE INDICADO;

(II) A VISITA AO LOCAL DE TRABALHO SÓ DEVE TER POR OBJETO O CONTROLE DA ATIVIDADE LABORAL, BEM COMO DOS INSTRUMENTOS DE TRABALHO;

(III) EM HORÁRIO COMERCIAL SEGUNDO OS USOS E COSTUMES DO LOCAL;

(IV) COM RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – INTIMIDADE E VIDA PRIVADA – DO EMPREGADO.

Se de um lado, a privacidade e a intimidade (art. 5º, X, CF) são direitos fundamentais; de outro, o meio ambiente saudável e equilibrado (art.225, CF), incluso o do trabalho (art. 200, VIII, CF), com a redução dos riscos inerentes ao labor (art. 7º, XXII, CF) igualmente figura como direito fundamental dos trabalhadores, resultando no dever de prevenção do empregador, que se obriga a manter o meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado, minimizando riscos inerentes ao labor.

Como se nota, quando se trata de inspeção na casa do teletrabalhador, para efeitos de verificação do cumprimento de normas de saúde e segurança no trabalho, há uma colisão de direitos fundamentais, sendo que parte deste choque se dá diante de direitos do próprio trabalhador (privacidade e intimidade x saúde e segurança), de sorte que um dos direitos deve ceder diante do outro, no caso concreto, com base nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sempre respeitando o núcleo essencial do direito preterido.

Por seu teor, o Enunciado 23, da Comissão 3, do CONAMAT, serve de importante referencial para as negociações coletivas prevendo a inspeção na casa do teletrabalhador, no que tange ao cumprimento das normas de saúde e segurança, respeitando-se a privacidade e intimidade.

53. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/75194475/201707240900/73439934/diploma/indice#:~:text=2%20%2D%20Sempre%20que%20o%20teletrabalho,de%20pessoa%20por%20ele%20designada.> Acesso em: 23/out/2021.. Acesso em: 23/out/2021.

54. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?id-Norma=1143741> Acesso em 23/out/2021.

3.8. Ônus da atividade

A MP 1.108, convertida no PLV 21/2022 prevê que o empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, quando o empregado livremente optou por exercer as suas atividades fora da localidade prevista no contrato. Ou seja, cabe ao empregado o custeamento de passagens, combustível ou outros em razão do retorno às atividades presenciais na sede do empregador.⁵⁵

Não há, por ora, qualquer alteração na regra do art. 75-D da CLT que outorga às partes contratantes estabelecer condições para aquisição, manutenção ou fornecimento da tecnologia e infraestrutura necessárias para o desenvolvimento do teletrabalho, não impondo diretamente tal obrigação ao empregador.

Como se sabe, tal regra tem o potencial de ir de encontro ao princípio da alteridade, na medida em que o empregado tende a assumir o ônus da atividade, ainda que sob nova feição.

Nesse sentido, ainda que sem caráter vinculativo, foi editado o Enunciado 70 durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra:

TELETRABALHO: CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS. O CONTRATO DE TRABALHO DEVE DISPOR SOBRE A ESTRUTURA E SOBRE A FORMA DE REEMBOLSO DE DESPESAS DO TELETRABALHO, MAS NÃO PODE TRANSFERIR PARA O EMPREGADO SEUS CUSTOS, QUE DEVEM SER SUPOSTADOS EXCLUSIVAMENTE PELO EMPREGADOR. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 75-D E 2º DA CLT À LUZ DOS ARTS. 1º, IV, 5º, XIII E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DO ART. 21 DA CONVENÇÃO N. 155 DA OIT.

Na mesma linha, durante o Enunciado 25, da Comissão 3 do XIX Conamat:

Enunciado 25 (Comissão 3): **25. TELETRABALHO.** A INTERPRETAÇÃO DO ART. 75-D DA CLT DEVE SER FEITA DE FORMA SISTEMÁTICA, SENDO QUE O CONTRATO ESCRITO PODE DISPOR SOBRE A FORMA DE CUSTEIO DOS EQUIPAMENTOS E DA INFRAESTRUTURA NECESSÁRIOS AO LABOR PELO EMPREGADOR, BEM COMO SOBRE A FORMA DE REEMBOLSO DAS DESPESAS EVENTUALMENTE FEITAS PELO EMPREGADO, NÃO SENDO POSSÍVEL TRANSFERIR AO

EMPREGADO OS CUSTOS DO LABOR REALIZADO EM REGIME DE TELETRABALHO, EM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 2º, CAPUT, DA CLT.

Por sinal, a recente Lei 27.555/2020, na Argentina, segue a mesma diretriz, consoante disciplinado no art. 10.

Artículo 10.- Compensación de Gastos. La persona que trabaja bajo la modalidad del teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Dicha compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva, y quedará exenta del pago del impuesto a las ganancias establecido en la ley 20.628 (t. o. 2019) y sus modificatorias.

Portugal disciplina, consoante novel legislação, de forma pormenorizada a questão dos gastos com a realização do teletrabalho, impondo de forma indene de dúvidas ao empregador a responsabilidade pela disponibilização ao trabalhador dos equipamentos e sistemas necessários ao trabalho, devendo o acordo de teletrabalho especificar se os equipamentos são fornecidos diretamente ou não pelo empregador. Quando adquiridas pelo empregado, sujeitas a concordância do empregador acerca das suas características e preços.⁵⁶

Disciplina também que todas as despesas, inclusive adicionais, contemplando acréscimo de custos de energia e da internet, devem ser compensados pelo empregador, assim como a manutenção dos equipamentos e sistemas. Outrossim, dispõe que o regulamento interno poderá tratar do uso dos equipamentos e sistemas para além das necessidades do trabalho.

Trata-se de tema em aberto, com amplo espaço de atuação para o campo das negociações coletivas de trabalho, de modo a disciplinar regras mínimas, tais como se haverá indenização, a que título, e em que bases.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que outras temáticas aplicáveis às negociações em teletrabalho deixaram de ser tratadas (v.g., produtividade e remuneração, sobreaviso, trabalho intermitente, premiação, participação nos lucros e/ou resultados, teletrabalho transregional

55. OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Teletrabalho e a MP 1.108: Desafios Legislativos e o Direito Comparado*. No prelo.

56. PORTUGAL. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=110716>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

e transnacional) porque o espaço aqui destinado a tanto não permite.

O presente artigo não tem ainda a pretensão de apresentar posição favorável ou desfavorável quanto aos temas que foram tratados, mas, neste momento, provocar reflexões que possam servir de auxílio para o fomento da negociação coletiva nas matérias mencionadas.

Espera-se ter contribuído para a ampliação do campo de visão das negociações em tempos de transformações na forma de prestação do trabalho, procurando oferecer alguns singelos subsídios na conformação do teletrabalho perene, pós-pandemia.

5. REFERÊNCIAS

- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *A aplicação prática do art. 62, inciso III da CLT, in 22 Anos da Sobratt: A evolução do Teletrabalho – Tomo I – Aspectos Jurídicos*. Coordenadores: Fabiano Zavanella e Luis Otávio Camargo Pinto, São Paulo: Editora Lacier, 2021.
- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Contribuições do teletrabalho em prol da agenda 2030. In: MANNRICH, Nelson. (Coord.). *Diretrizes da OIT em seu centenário: Qual o futuro do Direito do Trabalho?* Porto Alegre: LexMagister, 2020.
- OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: Editora LTR, 2018.
- OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. 2ª ed: Revisada, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora LTR, 2018.
- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Reflexões sobre o teletrabalho transnacional*. Revista LTr, ano 85, número 8, agosto de 2021, São Paulo, Brasil, p. 984.
- El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella – Guía práctica Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2020* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf
- ARGENTINA. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em: 23/out/2021.
- ARGENTINA. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>.
- BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm
- BRASIL. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>
- BRASIL. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>
- BRASIL. https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/IRPC_booklet_brazilian-portuguese_final_v2.pdf
- BRASIL. https://brunobioni.com.br/wp-content/uploads/2019/05/TIC_eGOV_2017_livro_eletronico-55-62.pdf
- BRASIL. <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-proposta-de-emenda-a-constituicao-17-pec-17-2019-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-no-rol-de-direitos-e-garantias-fundamentais#:~:text=O%20Senado%20aprovou%20na%20quarta,de%20legislar%20sobre%20o%20tema>.
- BRASIL. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/75194475/201707240900/73439934/diploma/indice#:~:text=2%20%2D%20Sempre%20que%20o%20teletrabalho,de%20pessoa%20por%20ele%20designada>.
- BRASIL. <https://olhardigital.com.br/2018/10/10/noticias/inteligencia-artificial-da-amazon-exercitava-preconceito/>
- BRASIL. <https://adcecija.pt/direitos-na-era-digital-direito-a-desconexao-desligar-telemovel-e-computador-fora-do-horario-trabalho-pode-vir-a-ser-um-direito-dos-trabalhadores/>
- BRASIL. <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>
- BRASIL. <https://brasil.elpais.com/tecnologia/2020-05-22/facebook-espera-que-metade-da-sua-equipe-trabalhe-a-distancia-na-proxima-decada.htm>.
- BRASIL. <https://cnf.org.br/sistema-home-office-podera-ser-permanente-nos-bancos/>
- BRASIL. <https://webitcoin.com.br/covid-19-pode-mudar-permanentemente-a-forma-como-trabalhamos-hoje/>
- BRASIL. <https://exame.com/carreira/localiza-abre-200-vagas-de-tecnologia-com-home-office-e-inicio-imediato/BRASIL>. LinkedIn ou pelo site da Gupy.
- BRASIL. <http://feittinf.org.br/funcionarios-desejam-continar-no-home-office-apos-pandemia-diz-estudo/> <https://www.ciclocontadoresassociados.com.br/home-office-veja-as-principais-vantagens-segundo-os-brasileiros/>
- BRASIL. <https://veja.abril.com.br/ciencia/73-dos-brasileiros-nao-querem-home-office-integral/>
- <https://www.istoedinheiro.com.br/home-office-esta-afetando-a-saude-dos-trabalhadores-diz-pesquisa-do-linkedin/> IstoÉ Dinheiro, 27.05.2020.

- BRASIL. <https://calltocal.com.br/pesquisa-banco-original-e-4co-sobre-trabalho-remoto-na-quarentena/>
<https://vocerh.abril.com.br/voce-rh/cvc-coronavirus/>
- BRASIL. <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2021/08/27/domenico-de-masi-considera-home-office-aliado-do-ocio-criativo-mas-alerta-quem-exagera-sao-neuroticos.ghtml>
- BRASIL. <https://exame.com/negocios/podemos-trabalhar-com-50-dos-funcionarios-em-casa-diz-ceo-da-petrobras/>
- BRASIL. <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/06/petrobras-mantera-metade-do-pessoal-administrativo-em-home-office-permanente.html>
- BRASIL. <https://www.metrocptm.com.br/pandemia-faz-metro-de-sao-paulo-aderir-ao-home-office-permanente/>
- BRASIL. <https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2020/06/08/companhias-ja-aderem-ao-home-office-permanente.ghtml>
- BRASIL. <https://www.istoedinheiro.com.br/home-office-esta-afetando-a-saude-dos-trabalhadores-diz-pesquisa-do-linkedin/>
- BRASIL. <https://sapconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2020/12/pesquisahomeoffice2020.pdf>
- BRASIL. <https://g1.globo.com/economia/blog/ana-flor/post/2020/06/08/na-aneel-teletrabalho-aumenta-produtividade-e-economiza-r-15-milhoes.ghtml>
- BRASIL. <https://www.infomoney.com.br/carreira/efeito-home-office-pode-criar-15-milhoes-de-empregos-na-proxima-decada-nos-eua/>
- CHILE. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>
- ITÁLIA. <http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/117-l-300-70-statuto-dei-diritti-dei-lavoratori>
- PORTUGAL. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3118A0032&nid=3118&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nver-sao=
- PORTUGAL. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>
- PORTUGAL. https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf
- PORTUGAL. https://www.cnpd.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf
- PORTUGAL. https://www.cnpd.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf
- PORTUGAL. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/75194475/201707240900/73439941/diploma/index>

As novas redes de acesso ao sistema de justiça trabalhista à luz da teoria dos sistemas autopoieticos

Enoque Ribeiro dos Santos*

RESUMO: Este artigo procura demonstrar que a Constituição Federal de 1988 engendrou a criação de uma verdadeira rede de acesso ao sistema de justiça, que se compatibiliza com a teoria dos sistemas autopoieticos de Nicklas Luhmann¹.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate that the Constitution Federal of 1988 engendered the creation of a true network of access to the justice system, which is compatible with Nicklas Luhmann's theory of autopoietic systems.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria dos sistemas. Rede de acesso. Sistema de justiça. Microsistema de tutela coletiva.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. A Constituição Federal de 1988, os novos instrumentos de tutela coletiva e o acoplamento estrutural. 3. O microsistema de tutela molecular na Constituição Federal de 1988. 4. A Constituição Federal de 1988 e os legitimados. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo procura compatibilizar a verdadeira rede de justiça trabalhista engendrada pela Constituição Federal de 1988 com a teoria dos sistemas autopoieticos de Nicklas Luhmann, que tem seu núcleo basilar na comunicação intersistêmica, especialmente relacionados com seus elementos mais importantes, quais sejam, o acoplamento estrutural e operacional, sentido, dupla contingência, a sua função e prestação, a diferenciação funcional e o seu código binário próprio (lícito ou ilícito, ou conforme o direito e não conforme o direito).

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, OS NOVOS INSTRUMENTOS DE TUTELA COLETIVA E O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

A Constituição Federal de 1988 passou a contemplar os direitos de massa, incorporando os direitos novos direitos materiais – difusos e coletivos, enquanto a Lei n. 8078/90 apresentou a novidade jurídica dos direitos individuais homogêneos. Porém, isto, por si só, não seria suficiente para dar completude à nova rede de acesso ao sistema de justiça que se vislumbrava.

Já não bastava simplesmente o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, entre eles, os direitos difusos e coletivos, se não fosse devidamente acompanhado dos instrumentos processuais coletivos disponibilizados à sociedade para dar concretude a tais direitos, no sentido de tornar possível sua real fruição.

Desta forma, o direito processual constitucional e os instrumentos de tutela coletiva passam a ser utilizados como uma verdadeira rede de acesso à realização da justiça e produto da generalização de expectativas normativas na sociedade, sobretudo neste novo cenário, e novos tempos da pandemia do COVID-19, em que a Constituição Federal de 1988 se transmutou temporariamente em Constituição Normativa.

Porém, antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil já dispunha de um mecanismo molecular para a resolução de conflitos coletivos. Tratava-se da primeira ação molecular surgida em nosso país, no novo modelo das ações coletivas, a Lei da Ação Popular (Lei n. 4717, de 1965), para a proteção do patrimônio público, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico, produzindo uma decisão judicial com efeitos *erga omnes e ultrapartes*.

Rony Ferreira², a propósito afirma que “[...] além de ampliar as hipóteses de cabimento da ação

(*) Professor Associado da Faculdade de Direito da USP. Desembargador do TRT da 1ª Região. Livre docente, Doutor e Mestre em Direito do Trabalho.

1. Este artigo foi extraído da tese “As novas redes de acesso ao sistema de justiça à luz da teoria dos sistemas. Formas de combate à corrupção sistêmica e à exclusão”, defendida pelo autor no concurso público, realizado em agosto de 2022, para professor titular do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade social da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo.

2. FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 49.

popular constitucional, incluindo expressamente a preservação da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio cultural (art. 5º, LXXIII), a Constituição criou a figura do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a ser ajuizado por partido político, organização sindical, órgão de classe ou associação de defesa de interesses transindividuais; sem falar que ressaltou, em seu art. 129, III, estar entre as funções instituições do Ministério Público a propositura da ação civil pública; e ainda, salientou a função dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 8º, III) e das entidades associativas para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5º, XXI)”.

Mais à frente, outra novidade jurídica veio se somar aos mecanismos de tutela coletiva. A Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Cássio Casagrande³, em relação aos direitos transindividuais, informa que no primeiro caso (interesses difusos), um novo tipo de jurisdição se fez necessária para a proteção dos chamados “direitos de terceira geração”, que os juristas classificam como sendo aqueles decorrentes da consciência internacional surgida com a possibilidade de destruição do planeta no pós-guerra, bem como o reconhecimento de que há um patrimônio biológico, genético e histórico comum a toda humanidade. Ou seja, interesses difusos, que integram de forma unívoca o patrimônio jurídico de todos os cidadãos, mas cuja titularidade não pode ser definida, dada sua indivisibilidade. É o caso do direito ao meio ambiente hígido. No segundo caso (interesses individuais homogêneos), cuida-se da fragmentação de interesses das sociedades de massas, da ocorrência cotidiana de micro lesões, da ampliação dos conceitos de hipossuficiência e desigualdade contratual, do aumento descomunal da atividade estatal, da dispersão de lesados na sociedade urbana.

Nesta sociedade moderna, reurbanizada, globalizada, relativamente politizada, cibernética, *online*, com a com a crescente transformação na forma de fazer negócios, em face às novas invenções da telemática, da informática, da robótica, da comunicação por satélites, das redes sociais, a sociedade emergente de massas passou a postular novas formas de resolver os conflitos coletivos e o jurisdicionado se

apresenta como consumidor do serviço judiciário do Estado, nos moldes do art. 22 da Lei n. 8.078/90: “Os órgãos públicos (...) são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Na nova rede de acesso ao sistema de justiça que foi engendrado pela Constituição Federal de 1988, novos atores jurídicos e políticos surgem em cena, bem como novos instrumentos jurídicos de tutela molecular, em uma verdadeira rede de acesso à justiça, que permite uma imbricação com a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, que procura diagnosticar a sociedade contemporânea como ela efetivamente é (e não como deveria ser), tendo em seu centro a comunicação intersistêmica, formada por vários subsistemas (economia, política, direito, religião, arte, ciência, educação etc.), autônomos e independentes entre si, autorreferenciais, fechados operacionalmente e abertos cognitivamente, com programas condicionais e procedimentos próprios, ligados entre si pelo acoplamento estrutural, que permite o aperfeiçoamento do sistema, ao mesmo tempo em que permite a redução da complexidade do ambiente, enquanto aumenta a complexidade interna do sistema.

Entre esses novos instrumentos jurídicos de tutela, pode-se citar o de índole administrativa: o inquérito civil, de exclusiva titularidade do Ministério Público do Trabalho, cujo desdobramento pode ensejar a produção de um título executivo extrajudicial, na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Na seara da tutela negocial, a Constituição Federal de 1988, renovou a importância da negociação coletiva de trabalho, elevando-a a instituto constitucional, no art. 114, § 2º, bem como no art. 7º, inciso XXVI, o que foi replicado pela Lei n. 13.467/17. Seus instrumentos jurídicos, o acordo e coleção coletiva possuem o condão de pacificar conflitos coletivos, produzindo os mesmos efeitos dos demais instrumentos jurídicos: de forma *erga omnes* e *ultra partes*.

No campo da tutela arbitral, a Constituição Federal, de 1988, no art. 114, § 1º, apresenta a arbitragem, que por meio de uma convenção arbitral poderá desaguar na produção jurídica da decisão arbitral (sentença arbitral), que também terá o condão de produzir efeitos *erga omnes* e *ultra partes*.

E, complementarmente, como mais uma rede de acesso ao sistema de justiça, considerado mais tradicional de todos, cita-se a tutela jurisdicional, manejada pelo Poder Judiciário, que no exame de uma ação molecular (ação civil pública, ação civil

3. CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 37.

coletiva, mandado de segurança coletivo, ou qualquer outro instrumento jurídico) também produzirá uma decisão com efeitos *erga omnes e ultra partes*.

Observa-se que, com base nesta verdadeira rede de acesso ao sistema de justiça, constroem-se novas generalizações de expectativas normativas de comportamento. Na sociedade, cuja diferenciação funcional repousa no fazer justiça no atacado, já que todas as decisões são particularizadas (*erga omnes e ultra partes*, com possibilidade de extensão de seus efeitos *in utilibus*), utilizando-se de seu código binário (lícito/ilícito).

Isto porque, para Luhmann a função do direito nada mais é do que a generalização congruente de expectativas normativas de comportamento na sociedade nas dimensões temporal, social e material. Na dimensão temporal isto se realiza pela existência de normas jurídicas, que na maioria dos casos prevê uma forma de sanção, nos casos de frustrações. Na dimensão social, essas expectativas normativas são generalizadas pela institucionalização de procedimentos, ou seja, o direito possui instrumentos tais como os processos judiciais e os contratos. Na dimensão material a generalização das expectativas normativas ocorre pela concretização de conteúdos, que se relacionam a pessoas, papéis sociais, programas condicionais e valores.

Luhmann também aduz que os Tribunais criam o direito no caso concreto, enquanto o legislador cria a norma geral e altamente abstrata, e o direito positivo é estabelecido e validado por decisões jurídicas, enquanto a legitimação do direito se dá pelo procedimento.

Luhmann se interpõe e rompe com o direito natural, pois para ele não existe legitimidade que venha de fora do direito. Tudo deve ser construído internamente, sendo que o direito é autopoietico, isto é, cria e recria seus próprios elementos internamente. A legitimidade no sentido luhmaniano está na disposição generalizada de todos nós de aceitar decisões judiciais de conteúdo ainda não definido, com certo grau de tolerância, enquanto os procedimentos (poeise da decisão) constituem um tipo especial de sistema social, constituído de forma imediata e provisória, desempenhando função específica na elaboração de decisões vinculativas, por meio das quais se obtêm a legitimidade do direito, com a utilização de seu código binário próprio (conforme o direito e não conforme ao direito), no caso concreto.

Por seu turno, a autopoiese do sistema jurídico se forma por meio dos programas condicionais,

que nada mais são do que o modo como o programa do direito decide, isto é, ensinam regras de adjudicação dos valores do código nos eventuais litígios, indicando quem ostenta expectativas conforme o direito e os que não as ostentem, com base no seu código binário. A justiça, para Luhmann, serve de fórmula de contingência do sistema do direito, cuja finalidade é fornecer um controle de consistência às decisões jurídicas.

O sistema jurídico constitui um subsistema do sistema social, e na redução da complexidade do ambiente, emite comunicações jurídicas (decisões judiciais ou equivalentes jurisdicionais), na forma de sentença judicial, arbitral, normativa, ou acordos e convenções coletivas etc., que terão o condão de generalizar expectativas normativas, enquanto resolvem ou pacificam conflitos coletivos.

Observa-se, desta forma, que diferentemente do processo individual, o presente trabalho suscita a participação dos legitimados, autores ideológicos, sob a ótica da teoria dos sistemas de Luhmann, no subsistema das organizações, que realizam sua *autopoiese* por meio de decisões, que estão voltadas para o futuro, com a pretensão de determiná-lo, mesmo este sendo contingente.

O direito se reproduz nesta sociedade complexa e contingente a partir de seu código binário, em conjunto com programas condicionais de decisão, diante de um excesso de possibilidades e de uma pressão de demandas existentes no ambiente ou entorno da sociedade funcionalmente diferenciada. Isso ocorre por meio de mecanismos de seleção ou escolha entre variadas opções, que levarão a uma estabilização das expectativas. Nesse caso, os Tribunais se encontram no centro do subsistema jurídico e todos os demais agentes judiciais (Ministério Público, sindicatos e demais legitimados) no seu ambiente (entorno).

Isto porque para Luhmann⁴, “para reconhecer a função das organizações no estabelecimento da

4 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, Universidad Iberoamericana, 2007, p. 658. Luhmann, neste espaço, ainda enfatiza que: “as organizações são sistemas autopoieticos tendo como base operativa de comunicação as decisões. Produzem decisões a partir de decisões e – neste sentido – são sistemas operativamente fechados. E na forma de decisão ocorre também um momento de indeterminação estrutural. E, posto que toda decisão provoca outras decisões, esta indeterminação estrutural se reproduz em cada uma delas. Se poderia dizer que um sistema de decisões vive em vista de decisões ulteriores de indeterminação autoproduzida, e neste momento se integra o fechamento operativo do sistema. A produção de decisões

sociedade funcionalmente diferenciada, deve recordar-se que as organizações são os únicos sistemas sociais que podem se comunicar com seu entorno. Nem sequer os sistemas funcionais são capazes disto. Nem a ciência, nem a economia, tampouco a política, ou a família, podem como unidade entrar em comunicação para fora. Para dotar os sistemas funcionais com capacidade de comunicação externa (o qual, como comunicação, naturalmente sempre produz a consumação da autopoiesis da sociedade) devem formar-se organizações dentro dos sistemas funcionais; arrastando-se papéis de porta vozes, tal como sucede com as organizações de patrões e empregados, as quais supostamente se falam “pela economia”, ou seja, através de grandes centros (intrinsecamente complexos) de unidades de organização, dos governos, das corporações internacionais, da cúpula militar”.

O mecanismo sobre o qual o direito se apoia para obter esta disposição generalizada das partes para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido são os procedimentos, que uma vez determinados permitem à legitimação do direito, com a função de estabilização contrafática de expectativas normativas, pois para Luhmann⁵, “as organizações se distinguem pela forma particular de suas operações: produzem decisões mediante decisões, descrevendo-se essas como eleição ou escolha de uma entre várias opções possíveis”.

Por meio dos procedimentos, esses legitimados que estão acoplados no ambiente ou na periferia do sistema jurídico, em região fronteira em relação ao subsistema político, tem por função implementar uma acomodação ou filtragem das irritações e do excesso de demandas existentes, que provenientes da política, se irradiam para o direito. Utilizando-se então dos procedimentos próprios da rede de acesso do microsistema de tutela coletiva, e de seus variados programas condicionais (negocial, arbitral, administrativo e jurisdicional), é produzida uma decisão jurídica ou equivalente jurisdicional

(sentenças judiciais, arbitrais, normativas ou instrumentos normativos – acordos e convenções coletivas), diante desta disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo jurídico ainda não definido, utilizando-se a Constituição Federal para realizar acoplamentos operacionais e estruturais.

Logo, a positivação e a legitimação do direito pelo procedimento toma a forma de decisão jurídica ou equivalente jurisdicional, *erga omnes* e *ultra partes*, posta na sociedade, pouco importando a motivação subjacente à aceitação das normas e ao seu cumprimento. A utilização do procedimento constitui a *poiese* da decisão e Luhmann considera que a legalidade do procedimento é a única legitimidade possível. Portanto, os procedimentos são mecanismos que permitem a institucionalização do direito na dimensão social de sentido, e a decorrente generalização social de expectativas normativas, por meio dos acoplamentos estruturais e operacionais. Constituem, então, mecanismos de fundamental importância para a legitimação do direito positivo, posto e validade por meio das decisões jurídicas mencionadas⁶.

Tais procedimentos são considerados um tipo especial de sistemas sociais, constituídos de forma imediata e provisória, desempenhando função específica na elaboração de decisões jurídicas vinculativas, por meio das quais se obtêm a legitimação do direito, a partir de um enfoque exclusivamente sistêmico, sem necessidade de se recorrer à validação normativa⁷.

Para Luhmann, a autopoiese do sistema do direito se forma por meio dos programas condicionais e o código binário, na medida em que tais programas ensinam regras de adjudicação dos valores do código⁸, de forma que nos eventuais litígios coletivos, essa adjudicação por meio de decisões jurídicas ou equivalentes jurisdicionais contemplará aqueles que realmente ostentem as expectativas conforme o direito, ou seja, de acordo com o código binário do subsistema jurídico, utilizando-se a Constituição Federal, como forma de acoplamento. Essa adjudicação poderá ocorrer na forma de decisões normativas oriundas do Poder Judiciário ou do Tribunal Arbitral, que Luhmann denomina de Tribunais, ou do termo de ajustamento de conduta celebrado com o

a partir de decisões logra absorver as incertezas, ainda que pelas novas necessidades de decidir reproduzir-se sempre também a incerteza de fundo da qual vive o sistema. Reproduce a demanda de más decisões e somente assim é possível a clausura operacional recursiva do sistema. As organizações geram possibilidades de decisão – que de outro modo não se dariam. Colocam decisões como contexto de outras decisões. As decisões tomadas pelos seus membros podem enlaçar-se grandes quantidades de outras decisões. Se pode prever a subordinação de ordens, determinar programas de trabalho, prescrever vias de comunicação, regulamentar o emprego de pessoal e seus movimentos; tudo isto de forma geral que logo haverá de traduzir-se situacionalmente em decisões. (grifo nosso)

5 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 659.

6 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, cit., p. 378.

7 *Id. Ibid.*, p. 383.

8 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann, cit., p. 62.

Ministério Público do Trabalho, ou ainda, da autonomia privada coletiva, no caso da negociação coletiva bem-sucedida.

A verdade é que o entorno ou sistema provoca ruídos, perturbações e “*bruits*” no sistema, mas não determina nenhuma influência diretamente, senão que se encontra associado a uma história mútua ou recíproca de trocas concordantes com o entorno, a cujo procedimento se denomina “acoplamento estrutural”⁹.

O sistema jurídico e os demais subsistemas sociais são fechados operativamente na produção e reprodução de suas operações, criando uma rede recursiva de operações semelhantes, destacando-se aqui sua autonomia, podendo logicamente se contrapor a outras ideias ou opiniões do mundo democrático, pois se não fosse desta forma, não poderia ser chamado de direito, na medida em que direito sem independência ou autonomia não pode ser chamado de direito, no sentido de generalização congruente de expectativas normativas, perdendo sua identidade própria em face de outros sistemas (político, econômico, arte, ciência, religião, família, etc.).

Não obstante, esta mesma clausura operacional ou fechamento que lhe garante autonomia, bloqueando a comunicação linear entre os sistemas estabelece o paradoxo, próprio da teoria dos sistemas de Luhmann, ao permitir a abertura do sistema para conhecimento e recebimento de informações do ambiente ou entorno, que poderão ser escolhidas, selecionadas e processadas pelo sistema, sendo que este fechamento operacional do sistema é garantido por meio de seu código binário.

Com fundamento neste fechamento operacional, o sistema jurídico se abre a inúmeras possibilidades de intercâmbio com o entorno, sendo que tais intercâmbios obtêm um valor informacional ou cognitivo tão somente por meio e dentro do sistema. A autonomia do sistema jurídico não surge por acaso, ou do nada, ou que o direito surge de si mesmo, sem qualquer provocação ou estímulo de fora. Ao contrário, só se torna direito e é reconhecido como tal, após passar pelo filtro procedimental de seu código binário (direito e não direito).

Assim, esse contato do sistema jurídico com seu ambiente (entorno), realizado de forma indireta, se dá por meio de acoplamentos estruturais e operacionais, que têm por objetivo a redução da

complexidade interna, na utilização pelos legitimados, de mecanismos jurídicos adequados, para a produção de decisões jurídicas ou equivalentes jurisdicionais, que generalizam congruentes expectativas normativas no ambiente social interno, no combate aos problemas estruturais relacionados à corrupção sistêmica estrutural e a exclusão.

3. O MICROSSISTEMA DE TUTELA MOLECULAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O chamado microssistema de tutela molecular ou coletiva teve sua gênese com o advento da Constituição Federal de 1988, e seu núcleo basilar é formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), que possuem imbricações entre si, pois neste tipo de ação, por sua natureza molecular, aplicam-se a CLT e o Código de Processo Civil, de 2015, apenas de forma subsidiária e complementar, consoante estabelece o art. 19, da Lei n. 7347/85:

“Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o CPC, naquilo em que não contrarie suas disposições”, e o CDC, art. 90: “Aplicam-se às ações previstas nesta lei as normas da LACP e do CPC, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Importante notar que a beleza deste microssistema processual reside exatamente no fato de contar com decisões¹⁰ jurídicas, ou equivalentes jurisdicionais, que emanam de processos/procedimentos de variadas índoles: administrativo, negocial, arbitral e jurisdicional. Tais decisões jurídicas se consubstanciam no termo de ajustamento de conduta, nos instrumentos normativos (acordos e convenções coletivas), e nas soluções adjudicadas, quais sejam as sentenças arbitral e judicial, não existente entre elas hierarquia, ou prevalência de uma decisão sobre a outra. Todos estão no mesmo nível de produção de efeitos, independentemente da fonte de sua prolação, na sua função de pacificar de controvérsias coletivas e generalizar congruentes expectativas normativas, eis que seus efeitos promanam de forma *erga omnes* e *ultra partes*.

Todas estas decisões apresentam força jurígena, pois criam verdadeiras normas jurídicas gerais

9 TORRES NAFARRATE, Javier. Nota a la versión en español. In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. México: Universidad de Guadalajara, 1992.

10 Segundo Dicionário Online de Português, decisão significa ação ou efeito de decidir; determinação, resolução que se toma após deliberação; sentença ou juízo; tudo aquilo que se resolveu acerca de alguma coisa; deliberação. Fonte: DICIO dicionário online de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br>. Acesso em: 20.agosto.2022.

e abstratas, aplicáveis a toda categoria ou comunidade envolvida. Exatamente por isso que o termo de ajuste de conduta tem a natureza jurídica de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7347/85 e a sentença arbitral forma título executivo judicial (CPC/15, art. 515, III e VII).

Isto porque vem ocorrendo no Brasil, ao longo do tempo, uma convergência de institutos da *common law* ao sistema romano germânico, conduzindo o sistema brasileiro a uma espécie de meio termo entre os dois sistemas, eis que nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹ “existe uma rota de aproximação, cada vez mais intensa entre o *civil law* (família romano-germânica, de perfil codicístico, com o primado da norma legal – CF, art. 5º e inciso II) e o *common law* (família anglo-saxã, radicada na *equity*, com ênfase no precedente judiciário (*leading case*): *stare decisis et non qujeta movere*)”.

Acrescenta este autor¹² que, já sob o enfoque das mútuas intercorrências entre aquelas famílias jurídicas, caberia incluir, v.g., a clara tendência à *desjudicialização dos conflitos*, acompanhada, corrolariamente, da oferta crescente dos meios auto e heterocompositivos que vão proliferando (v.g., conciliação, mediação, arbitragem, avaliação neutra de terceiro, compromissos de ajustamento de conduta, credenciamento de órgãos e instâncias do poder decisório em matérias específicas), além das outras

modalidades resultantes da combinação desses meios. Nesse sentido, é útil ter presente que, embora o Código de Processo Civil se vocacione, precipuamente, a instrumentar o processo judicial, com vistas à solução adjudicada estatal, o legislador deixa claro que o juiz e os demais operadores do Direito devem estimular o emprego dos outros meios, auto e heterocompositivos: §§ do art. 3º; art. 139, V; art. 359.

O microsistema de tutela coletiva, no domínio laboral, se assenta em bases contemporâneas de evolução do Direito e da jurisdição, mesmo porque este último já se desligou da acepção meramente semântica de “*declarar o direito*”, seja porque tal função não é mais exclusiva dos órgãos jurisdicionais, mas consente o concurso de outros agentes, órgãos e instâncias (a chamada *jurisdição compartilhada*), seja porque o simples *dizer o direito* é muito pouco para que se tenha por atendido o *poder-dever de composição justa, efetiva, tempestiva e duradoura do conflito*, a que faz jus aquele cuja situação é tutelada pela ordem normativa ou ao menos é que com ela compatível¹³.

Ademais, o confinamento da jurisdição singular ou atomizada nos quadrantes das lides de perfil tradicional, entre sujeitos determinados, em contraposição à irreversível tendência à coletivização do processo, dado o crescente afluxo à Justiça de conflitos metaindividuais, envolvendo temas de largo impacto na coletividade, os quais, se não tratados em modo molecular, na terminologia de Kazuo Watanabe, arriscam se atomizar em multifárias e repetitivas demandas seriais (v., ao propósito, o disposto no inciso X do art. 139 do vigente CPC)¹⁴.

Mauro Cappelletti¹⁵, autor do estudo sobre as três ondas de acesso à justiça, discorrendo sobre a pluralidade de agentes, órgãos e agências encarregados de dirimir conflitos, reconheceu que a *privatização da justiça* se apresenta como um dos elementos da evolução jurídica moderna, se colocando na ‘segunda onda’ do movimento de acesso à justiça, em que associações privadas têm legitimidade para demandar a proteção de interesses de grupos coletivos (chamados difusos), da mesma forma que a privatização também emerge na ‘terceira onda’, já

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2020. p. 29. Acrescenta o autor que: “enquanto naquele primeiro sistema torna-se cada vez mais evidente o crescimento e a valorização do produto final dos Tribunais (jurisprudência dominante ou vinculativa, com eficácia *pan processual*), já no âmbito do *common law* há uma clara tendência à valorização do direito escrito (v.g., na Inglaterra as *Federal Rules of Civil Procedure* e, nos Estados Unidos o *U.S. Commercial Code*)”.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*, cit., p. 29. Acrescenta o autor: “essa contemporânea fenomenologia enseja (ou deveria ensejar) uma profunda *reavaliação* acerca do modo de ser da resolução de conflitos na experiência brasileira, implicando num repensar sobre o critério *legitimante* da justiça estatal (produtora da solução adjudicada) e pressupõe uma série aferição da *performance* dessa *função estatal* em nosso país: trata-se, aí, de ver o Judiciário não mais (ou não mais apenas) como um Poder (dimensão estática, radicada no sentido da *autoritas* e da soberania), mas no sentido que realmente interessa para a população, que é o da função desempenhada, em termos de custo-benefício e da vera efetividade do produto ao final apresentado. Dito de outro modo, pelo prisma funcional que é o Judiciário pode ser avaliado em sua dimensão dinâmica: esse é o critério *legitimante* por excelência, porque nenhuma instância do Poder Público pode se legitimar a si mesma, *ex própria auctoritate*, em modo *autopoiético*, mas apenas e na medida em que mostra capacidade para alcançar o fim a que vem preordenada”.

13 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*, cit., p. 37.

14 *Id. Ibid.*, p. 40-41.

15 CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal do acesso à Justiça. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 127, abr./jun.1994.

que muitos expedientes de *ADR – Alternative Dispute Resolutions*, leigos assumem funções decisórias ou quase decisórias, assim como o fato de que, com frequência, o critério de julgamento é antes a equidade que o direito estrito.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶ assinala que os chamados meios alternativos (ou melhor se diria: *equivalentes jurisdicionais*), não visam, direta ou indiretamente, concorrer ou disputar espaço com a justiça institucionalizada, mas antes e superiormente, se oferecem como estradas vicinais por onde podem e devem transitar os conflitos que, por sua singeleza, valor envolvido, opção dos interessados ou outro critério consistente, consentem resolução fora e além da estrutura judiciária estatal. Se porventura não resulte dirimido o conflito nesses patamares intermediários, ele restará, quando menos, melhor definido e maturado, pavimentando o caminho para que as partes decidam com mais segurança o que melhor atenda aos seus interesses, assim restando como última hipótese o ajuizamento da demanda.

Sob o ideário de uma sociedade pluralista, instalada numa democracia participativa, cabe hoje consentir e incentivar o concurso de outros meios, agentes, órgãos e instâncias capazes de recepcionar e resolver larga parcela de controvérsias e de ocorrências, dando-lhes solução tecnicamente

consistente, a baixo custo e em tempo reduzido, com o que só terão a ganhar o Estado e a coletividade. Sob essa diretriz se alinha o disposto no art. 6º do vigente CPC: “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”¹⁷.

E, acrescenta aquele autor¹⁸ que, a concepção hodierna de *Jurisdição* vai se desconectando do aparato estatal, vale dizer, da sua afetação exclusiva aos órgãos judiciais elencados em *numerus clausus* no art. 92, da CF, já agora se entendendo que o objetivo de prevenir ou dirimir conflitos em sociedade consente um pluralismo nas iniciativas (dita *jurisdição compartilhada*), em simetria com a democracia plural e participativa, podendo assim aquele desiderato ser buscado por todos os meios, auto e heterocompositivos.

Nesse sentido dispõe o § único do art. 1º da Resolução 125/2010 (DJe de 01.12.2010):

“Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”. (Redação cf. Emenda no. 2, de 08.03.2016).”

José Carlos Barbosa Moreira informa que “(...) o fenômeno das ações coletivas, que, assume na Carta de 1988 proporções inéditas, repito, na história das Constituições Brasileiras, aparece aqui com um

16 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*, cit., p. 45. O autor ainda pondera que: “*frise-se, que, desde já, o ordenamento positivo está pontilhado de agentes, órgãos e instâncias que compõem e/ou decidem conflitos e ocorrências de variada natureza, sendo seus atos revestidos de força executiva ou de eficácia plena: (i) Tribunais de Conta – CF, art. 71, § 3º; (ii) CADE – Lei 12.529/2011, art. 93; (iii) MP e demais colegitimados à ação civil pública – Lei 7.347/85, art. 5º, § 6º, CPC, art. 784, IV; (iv) Advogados – Lei 8.906/94, arts. 23, 24; (v) Administradores de Imóveis – CPC, art. 784, VIII, V; (vi) Tribunais de Arbitragem – Lei 9.307/96, art. 18; CPC, art. 515, VII; (VII) Tabelionatos – CPC, art. 610 e §§; Bancos Oficiais – CPC, art. 539 e § 1º, Câmaras de Prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos entes políticos – Lei 13.140/2015, art. 32 e incisos: Procuradorias Fazendárias – Lei 9.469/97, art. 1º, caput e §§ 1º e 3º, cf. Lei 13.140/2015. (...) Além desses, na experiência brasileira contemporânea, em que pese a garantia de acesso à Justiça – CF, art. 5º, XXXV, não há negar que o próprio ordenamento positivo, vai gradualmente, buscando alterar a cultura judiciarista, ao disponibilizar e mesmo incentivar outros meios compositivos: CF, art. 98, I – Justiça de Paz; CF, art. 217, § 1º – Justiça Desportiva; CPC – art. 610 e § 1º – inventários e partilhas realizáveis em tabelionatos; CPC, art. 733 e § 1º – realização mediante escritura pública, de separações e divórcios consensuais; CPC, § 3º do art. 3º – incentivo ao emprego dos meios auto e heterocompositivos na solução de conflitos, inclusive por meio de conciliadores ou mediadores, considerados auxiliares da justiça (art. 140); CPC – art. 138 e §§ – intervenção de *amici curiae* sob o ideário da democratização dos julgamentos”.*

17 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*, cit., p. 46.

18 *Id. Ibid.*, p. 848. Diz ainda o autor: “*Nesse contexto, a justiça estatal passa a ser vista não mais como receptora única dos históricos de dano sofrido ou temido, nem tampouco como fonte de uma oferta primária, incondicionada e prodigalizada, para já agora tomar caráter residual, atuando em modo subsidiário, ficando assim restrita: (i) aos casos que, ope legis, reclamam necessária passagem judiciária (v.g., ações ditas necessárias; ocorrências inseridas na competência originária dos Tribunais); (ii) aos casos tornados impossíveis, após passagem por instâncias paraestatais (v.g., o juízo arbitral; art. 24 da Lei 9.099/95; mediação/conciliação: Lei 13.140/2015; CPC, arts. 165-167); (iii) as hipóteses que não comportam resolução por esses meios alternativos, em função de certas peculiaridades, em razão da matéria (v.g., direitos indisponíveis, insuscetíveis de transação) ou da pessoa (v.g., tutela de incapazes; situações de competência *ratione muneris*); (iv) aos casos realmente singulares e complexos, inclusive aqueles em que a coisa julgada deve projetar eficácia expandida; *erga omnes* ou *ultra partes*, por modo a otimizar a eficácia do julgado e prevenir a multiplicação de processos sobre o mesmo thema decidendum*” (grifo do autor).

destaque, uma saliência, um realce que não encontra paralelo no Direito Constitucional Comparado. Creio que o Direito Brasileiro hoje está mais bem equipado que qualquer outro que eu conheça em matéria de Ações Coletivas. É um direito extremamente rico em remédios desse tipo. E o que é mais interessante é que já agora essa riqueza está incorporada à Constituição¹⁹.

Para Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix²⁰, nos países de *Civil Law*, o estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu, na doutrina, em torno dos anos setenta. Em países como Alemanha, França e Itália floresceram debates em torno do tema. Na Itália, Cappelletti, Denti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu os aspectos fundamentais dos interesses difusos, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidades do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.

O CPC/73, por ter sido formulado em época em que os direitos fragmentários e de massa ainda não restavam totalmente maduros, como é cediço, não tinha dignidade para pacificar conflitos coletivos. De maneira diversa, o CPC/15, mais adequado principiologicamente à Constituição Federal, de 1988, sob a ótica do neoprocessualismo ou formalismo valorativo, incorporou vários institutos do microsistema de tutela coletiva, estabelecendo com este um verdadeiro diálogo de fontes, além de apresentar vários microsistemas de tutela próprios, entre eles, os incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e de resolução de recursos repetitivos (IRRP).

O microsistema de tutela coletiva e o CPC/15 se comunicam, ou seja, existe uma via de mão dupla entre o CPC/15 e o sistema de ações coletivas no Brasil, o que se torna patente pelos diversos institutos que migraram do sistema molecular para o CPC/15, quais sejam: a) o dever de comunicação judicial (art. 139, X), idêntico ao previsto na LACP (art. 7º); previsão de Câmaras Administrativas para a solução consensual de conflitos, com expressa menção aos termos de ajustamento de conduta (art. 174, III, CPC); previsão de intimação obrigatória do Ministério Público nas ações coletivas para a discussão da posse rural ou urbana (art. 178, III, CPC); conversão da ação individual em coletiva (art. 333, CPC), objeto de veto presidencial; suspensão dos processos coletivos em vista da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 982, I, CPC), a aplicação da tese jurídica firmada também aos processos coletivos (art. 985, I, CPC) e a configuração dos incidentes de julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC), este último consistente em microsistema de tutela regulamentado pelo próprio CPC/15.

O art. 21²¹ da Lei n. 7347/85 deu ensejo a uma alteração normativa, que legitimou o hoje denominado de “microsistema jurisdicional de tutela coletiva”, que constituiu um sistema especial, dotado de mecanismos de índole ou natureza negocial, arbitral, administrativo e judicial, que têm o condão de produzir decisões que transcendem o indivíduo para produzir resultados em toda uma comunidade de trabalhadores.

Pode-se mencionar que esta verdadeira rede de acesso ao sistema de justiça, no domínio do Direito do Trabalho, engloba, entre outros, todos os instrumentos, cujas características ensejam a generalização de expectativas normativas na sociedade, entre eles: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85), Lei Complementar n. 75/93 (arts. 6º, 83 e 84), a própria CF/88, arts. 127 a 129, a Lei n. 8625/93 (art. 25, IV), a Lei n. 7853/89 (pessoas com deficiência, ou necessidades especiais), as normas processuais da Ação Popular (Lei 4717/65), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90, arts. 201, V, 208 a 224), o Estatuto do Idoso (Lei 10741/2003), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8429/92), Lei n. 8.884/94, arts. 1º e 29 (defesa do consumidor na

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

20 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 228-229.

21 Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

ordem econômica), Lei n. 8.974/95, art. 13 § 6º (patrimônio genético).

Importante ressaltar que este microssistema tem peculiaridades próprias, e demanda uma diferente leitura jurídica, diferenciando-se substancialmente do sistema utilizado no processo atomizado, eis que possui regras, normas, princípios, institutos e até mesmo instituições próprias, com diferenciação nos critérios relacionados à sua competência, objeto, prescrição, tutela antecipada, coisa julgada, litispendência, execução, destinação dos valores condenatórios, etc.

Rodolfo de Camargo Mancuso²² sinaliza que, parece indisputável que o ambiente judiciário brasileiro não mais pode *conviver* com os deletérios efeitos da pulverização dos megaconflitos em multifárias e repetitivas ações individuais, como sói ocorrer em recorrentes situações que empolgam número muito expressivo de sujeitos, em temas como benefícios previdenciários, exigências tributárias, planos de saúde, conflitos consumeristas, programas governamentais de poupança, casa própria e outros. Uma alternativa seria a revisão, com vistas a uma consolidação, do vigente *microssistema processual coletivo*, formado, basicamente, pela ação popular, ação civil pública e a parte processual do Código do Consumidor, tendo o CPC como fonte subsidiária.

A rede de acesso ao sistema de justiça proporcionada pelo microssistema de tutela molecular, utilizando os fundamentos da teoria dos sistemas de Luhmann, se apresenta como ideal para adjudicar decisões jurídicas coletivas ou equivalentes jurisdicionais, sejam de natureza negocial, administrativa e jurisdicional, por meio de acoplamentos operacionais e estruturais por intermédio da Constituição Federal.

As decisões jurídicas – sejam emanadas da negociação coletiva, da arbitragem e das sentenças judiciais – na forma de acordos ou convenções coletivas, sentença arbitral ou sentença jurisdicional – permitem intercâmbios recíprocos (autoperturbações ou autoruídos) entre sistemas sociais, aproximando grupos afetados aos centros de decisão, que ficam no centro do sistema jurídico (como os órgãos do Poder Judiciário), provendo maior legitimidade às decisões e maior segurança jurídica, ao mesmo tempo generalizando congruentes expectativas normativas de condutas. São considerados integrantes do entorno ou da periferia do sistema

jurídico, o Ministério Público, as associações, os sindicatos, Defensoria Pública e outras pessoas jurídicas de direito público etc.).

Os acoplamentos estruturais e operacionais se apresentam como um caminho, uma alternativa possível e adequada, uma seleção, não apenas para aproximar os legitimados que estão acoplados ao sistema jurídico àqueles que se submeterão às decisões coletivas, como também gerar um maior grau de confiança intersistêmica.

Para que isto ocorra é necessário que o sistema organizacional acoplado ao sistema do direito se deixe autoperturbar pelo sistema da interação, do ponto de vista sociológico, de forma a produzir a comunicação coletiva que irá desaguar na decisão jurídico-coletiva, fruto da *autopoiese* interna do sistema jurídico. O necessário acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema de interação, que se dá por meio da Constituição Federal, conduz à produção da decisão jurídica coletiva, e se torna possível diante da autonomia do sistema jurídico, já que suas decisões são baseadas em normas e princípios, indiferente, pois, aos fatos sociais que desencadearam o surgimento de um processo de comunicação com conteúdo jurídico.

Isto porque em se tratando de direitos coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), o sistema jurídico não tem condições de agir sozinho, ou seja, necessita de acesso ao sistema de interação e de outros sistemas especializados, que possuem códigos distintos do sistema jurídico para prover sua função e prestação para a sociedade.

Com apoio em Gunther Teubner²³, pode-se dizer que, para que a informação do ambiente informe adequadamente o sistema do direito, transmutando-se em comunicação verdadeira e não apenas perturbação ou ruído, o acoplamento realizado por meio deste compartilhamento de informação, permite a tradução da racionalidade sistêmica alheia para que o outro sistema acoplado possa, a partir do acesso a essa nova informação, ativar sua *autopoiese* e construir internamente o sentido a partir da sua própria racionalidade, em outras palavras, autoproduzindo o sentido. Assim, o sistema do direito utilizando sua *autopoiese* reconstrói as informações do ambiente (entorno) e soluciona o conflito, de sorte que este possa ser objeto de uma decisão jurídica.

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito, cit.*, p. 111-112.

23 TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 111.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS LEGITIMADOS

É cediço que existe uma grande diferença na legitimidade das partes no processo individual e o coletivo. No processo individual ou atomizado, basta ao autor que preencha as condições da ação (legitimidade e interesse) e os pressupostos processuais subjetivos e objetivos. Não é necessário provar a titularidade do direito material postulado, cuja tarefa será do magistrado, sob a égide da teoria abstrata²⁴ do direito de ação.

Já na seara do direito coletivo ou molecular, a legitimidade da parte é extraída da exceção do art. 18 do Código de Processo Civil, de 2015, *in verbis*:

“Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

Desta forma, o legitimado²⁵, também denominado de autor ideológico, assim é chamado porque a lei lhe confere legitimidade para postular em juízo direito material que não lhe pertence, ou seja, direito alheio. Autor ideológico, pois muitas vezes, não tem interesse direto na lide que titulariza, já que, no caso do *Parquet*, por exemplo, o interesse prevalecente é o interesse público primário da sociedade.

24 No passado, já se viveu sob a égide da teoria imanentista ou concretista do direito de ação, por meio da qual, para se postular em juízo, era necessário, aprioristicamente, se provar a titularidade do direito material.

25 A legitimação se desdobra em legitimação ordinária, extraordinária e autônoma. A legitimação ordinária é a comum, ou seja, todos que preencheram as condições da ação e os pressupostos processuais poderão postular em juízo. A legitimação extraordinária, também chamada de substituição processual, ocorre quando, por exemplo, as organizações sindicais postulam direitos de seus representados em juízo, geralmente envolvendo os direitos individuais homogêneos. É justamente aqui que se alberga a exceção do art. 18 do CPC/15. Já a legitimação autônoma constitucional é a que confere titularidade ativa ao Ministério Público do Trabalho de postular em juízo, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores, retirando tal legitimidade do próprio texto constitucional (art. 129, III, CF/88), na defesa do interesse público primário da sociedade. O MPT – Ministério Público do Trabalho jamais tem interesse privado na lide coletiva, ao contrário do sindicato, que postula interesses ou direitos, geralmente pecuniários, dos trabalhadores de sua categoria profissional, e muitas vezes seus próprios interesses, como associação.

O Brasil foi buscar no direito norte-americano, o instituto do “*adequacy of representation*” para utilizar nas lides coletivas. Tal sistema diferencia substancialmente o acesso à jurisdição nas ações atomizadas e nas ações moleculares ou coletivas.

Logo, qualquer pessoa que preencha as condições da ação (*legitimidade ad causam* e interesse de agir) e os pressupostos processuais subjetivos e objetivos, poderá acessar a máquina judiciária do Estado para dirimir um conflito de interesses, em que haja resistência dos devedores em cumprir voluntariamente uma obrigação, seja de pagar, dar ou de fazer, posto que vigoram em nosso ordenamento jurídico a Teoria Abstrata do Direito de Ação e a Teoria da Asserção.

De outro lado, nas ações moleculares não é suficiente o preenchimento das condições e dos pressupostos processuais. Será necessária, além da superação daquelas exigências, a qualificação de legitimado *ope legis*, que se extrai dos art. 5º, da Lei n. 7347/85 e art. 82 da Lei n. 8078/90, bem como o preenchimento do requisito da “pertinência temática”. Em outras palavras: o objeto nuclear da ação coletiva deve se inserir entre os objetivos sociais do autor, de sorte que o magistrado possa, de forma *ope legis*²⁶, entender pela adequação de sua representação processual.

Assim, estabelece o art. 5º da Lei n. 7347/85:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou

26 Nos Estados Unidos da América do Norte esta verificação se dá “*ope judicis*”, ou seja, a análise ocorre por meio do magistrado, que na aferição do caso concreto, verificará se o autor supera a exigência da representação adequada.

religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. E, o parágrafo 4º:

“§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

E o art. 82, da Lei n. 8078/90:

“Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Tais exigências buscam reforçar o princípio da segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais na seara das ações moleculares, em face de sua influência na vida de toda a comunidade. O legitimado (Ministério Público, sindicato, a Defensoria Pública, associação ou mesmo um cidadão), deverá demonstrar sua adequação à lide na representação processual, da forma mais eficaz possível, colaborando com a formação de convicção do magistrado, pois a coisa julgada que se formará decorrente deste processo poderá afetar a vida de toda a comunidade.

Tais decisões jurídicas empreendidas pelos legitimados acoplados ao sistema jurídico sempre indicam o lado coletivo, afastando o *unmarked space*, ou seja, o lado individual, mesmo que esse possa ser importante para a sociologia na elaboração de discursos coletivos e no provimento ao sistema jurídico de novos sentidos jurídicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988, não apenas reconheceu e albergou novos direitos materiais, como também possibilitou a criação de novos instrumentos processuais que facilitou aos interessados o amplo acesso ao Poder Judiciário e às novas redes de acesso ao sistema de justiça, entre eles, o Ministério Público, a Defensoria Pública, sindicatos, Ministério do Trabalho e Emprego, atualmente Ministério da Economia e Ministério da Justiça, Juizados Especiais, os órgãos de defesa do consumidor etc.

A Constituição Federal de 1988 ao ampliar a possibilidade de defesa de direitos meta-individuais, de forma molecular ou coletiva, por meio dos legitimados, levou um novo tipo de demanda ao Poder Judiciário, além de possibilitar a utilização de outros processos (administrativo, arbitral e negocial) para atingir idênticos fins, inexistindo entre eles qualquer graduação ou hierarquia.

Na seara judicial, as demandas moleculares não se restringem apenas às partes litigantes (autor e réu), na forma de decisões *inter partes* e *pro et contra*, mas têm o condão de atingir e influenciar nos direitos de milhões de interessados, com efeitos *erga omnes e ultra partes*. Este novo tipo de tutela, integrante do que denominamos – redes de acesso ao sistema de justiça, que não se confunde com jurisdição, pois, na verdade, esta última constitui tão somente uma das redes possíveis de acesso – para a resolução ou pacificação de conflitos sociais e coletivos de massa – conduziu o Poder Judiciário um novo tipo de litigância, totalmente diferente do seu perfil tradicional individual, destinada não à solução de conflitos intersubjetivos entre particulares, mas aqueles que envolvem, especialmente, as obrigações de fazer e não fazer, bem como de pagar, envolvendo direitos da maior dignidade.

Desta forma, entre as novas redes de acesso ao sistema de justiça, no domínio trabalhista, que constituem um verdadeiro subsistema de justiça, surgiu com o escopo de diminuir a complexidade do ambiente, ao mesmo tempo em que aumentou a complexidade interna sistema do direito do trabalho, independente, autônomo, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, se compatibiliza com os vários elementos da teoria dos sistemas de Luhmann, especialmente os relacionados ao sentido, acoplamento estrutural, função e prestação próprias, diferenciação funcional e o código binário do direito (lícito ou ilícito ou conforme o direito e não conforme o direito).

6. REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal do acesso à Justiça. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90.
- CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.
- FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução : Javier Torres Nafarrate. 1a. ed. México: Editorial Herder: Universidad Iberoamericana, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodium, 2020
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TORRES NAFARRATE, Javier. Nota a la versión en español. In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. México: Universidad de Guadalajara, 1992.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- e GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

O Direito do Trabalho nas fronteiras do Antropoceno¹

Labor Law on the Anthropocene Borders

Felipe Santos Estrela de Carvalho*

RESUMO: Com o presente artigo pretendemos refletir sobre como as tendências atuais dos regimes de acumulação de capital sob a égide do neoliberalismo tem repercutido de forma catastrófica tanto para o meio ambiente quanto para as relações laborais contemporâneas, ao catalisar processos globais de expropriação e flexibilização dos sistemas normativos de proteção social do trabalho e da natureza. Para subsidiar o entendimento sobre as funções concretas e potenciais do Direito do Trabalho nesse cenário avançado de crise, o texto foi organizado em duas partes, além da introdução e considerações finais. De início, buscamos contextualizar sinteticamente a regulação do meio ambiente do trabalho pelo ordenamento brasileiro para analisar como a reforma trabalhista implementada com a aprovação da Lei 13.467/2017 tem corroído o meio ambiente laboral seguro e saudável enquanto direito fundamental. No segundo momento, a partir da revisão dos conceitos de Antropoceno e Capitaloceno na literatura especializada, propomos explicar o estágio atual de degradação do trabalho, do meio ambiente e do direito laboral no Brasil e no mundo para além dos aportes teóricos e práticos oferecidos sobre as crises de ordem econômica, situando esse movimento predatório nos marcos de uma crise civilizatória mais abrangente que ameaça a própria existência da humanidade e das demais espécies no sistema Terra.

PALAVRAS-chave: Meio Ambiente do Trabalho; Antropoceno; Capitaloceno; Trabalho Decente; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: In this article we intend to reflect on how the current trends of capital accumulation regimes under the aegis of neoliberalism have had catastrophic repercussions both for the environment and for contemporary labor relations, by catalyzing global processes of expropriation and flexibilization of normative systems

of social protection of work and nature. To support the understanding of the concrete and potential functions of Labor Law in this advanced scenario of crisis, the text was organized in two parts, in addition to the introduction and final considerations. At first, we seek to briefly contextualize the regulation of the work environment by the Brazilian legal system to analyze how the labor reform implemented with the approval of Law 13.467/2017 has eroded the safe and healthy working environment as a fundamental right. In the second moment, based on the review of the Anthropocene and Capitalocene concepts in the specialized literature, we propose to explain the current stage of degradation of work, the environment and labor law in Brazil and in the world, in addition to the theoretical and practical contributions offered on the economic crises, placing this predatory movement within the framework of a broader civilizational crisis that threatens the very existence of humanity and other species in the Earth system.

KEYWORDS: Work Environment; Anthropocene; Capitalocene; Decent Work; Labor Reform.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reforma trabalhista e a corrosão do meio ambiente do trabalho no Brasil. 3. Antropoceno/Capitaloceno: natureza e Direito do Trabalho em ruptura sociometabólica. 4. Para continuar debatendo. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Há cerca de 1.750.000 anos, no período geológico do Pleistoceno, o *Homo sapiens* surgiu no que hoje conhecemos como o continente africano e se espalhou pelo mundo. Todavia, foi no Holoceno, nos últimos 12 mil anos, que a humanidade se desenvolveu potencialmente como espécie e se converteu numa força onipresente na superfície terrestre. A estabilidade climática do Holoceno, após uma longa era glacial, proporcionou o desenvolvimento econômico, social e político, a expansão das atividades agrícolas, a domesticação de animais, a construção de cidades, a fundação de estados, o estabelecimento de uma máquina de produção e consumo de bens e serviços inéditos ao longo dos 4,5 bilhões de anos de existência do planeta Terra.

(*) Professor de Direito do Trabalho da Universidade do Estado da Bahia (DEDC – XV/UNEB) e da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (PPGD- UnB); Membro da Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia (AATR); Membro do Grupo Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TT-DPS/UFBA).

1. Artigo originalmente escrito para o XII Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho (2021) e revisado para esta publicação.

De forma exponencial, os sucessivos modos de produção instituídos pela humanidade repercutiram de tal modo, que no ano 2000, o biólogo estadunidense Eugene Stoermer e o químico holandês Paul Crutzen, prêmio Nobel em 1995, avaliando as consequências destruidoras das atividades humanas sobre a natureza, afirmaram que o planeta entrara numa nova era geológica, o *Antropoceno*, que significa época da dominação humana (CRUTZEN; STOERMER, 2000). Na virada para o século XXI, tornou-se extremamente difícil abordar temas relacionados às transformações sociais sem fazer alguma referência sobre o colapso ambiental em curso (ALVES, 2020).

Para o historiador indiano, Dipesh Chakrabarty (2013), o trabalho, vaticinado na perspectiva marxiana como intercâmbio orgânico entre seres humanos e a natureza², converteu a humanidade num tipo de força geológica. Assim, o conceito Antropoceno refere-se às mudanças ambientais, morfológicas e climáticas decorrentes desse domínio da humanidade sobre os principais processos naturais do planeta, de tal magnitude que parte da comunidade científica atesta convictamente que a sexta extinção em massa estaria em curso³. O conceito tornou-se relevante, formando um campo de debate transdisciplinar, no qual se discute quando e como esse poder destrutivo surgiu.

Entretanto, como alerta Jason Moore (2017; 2020), não é a crise de uma espécie, no caso a humana, que estamos presenciando, mas sim, a de um sistema, historicamente determinado pelo capitalismo, em sua expressão contemporânea neoliberal, extrativista e financeira. Como resultado dessas formulações, outro conceito foi elaborado, o de *Capitaloceno*, para qualificar o primeiro. Nesse caso, o poder destrutivo é considerado não advindo da atividade humana em abstrato, mas de sua organização eminentemente capitalista (Barrios; Martínez, 2020).

Além das graves consequências nas dinâmicas naturais da biosfera, o capitalismo contemporâneo

também tem impulsionado transformações profundas na realidade das relações laborais em todo o mundo, com aumento da informalidade, da intensidade dos processos, dos riscos e danos relacionados ao trabalho. Dados globais da Organização Mundial da Saúde – OMS e da Organização Internacional do Trabalho – OIT, revelam que em 2016, 1,9 milhão de trabalhadores morreram em decorrência de doenças e lesões relacionadas ao trabalho, demonstrando o alto patamar de mortes prematuras evitáveis devido aos riscos relacionados ao meio ambiente laboral (OMS; OIT, 2021a).

As “Estimativas conjuntas da OMS e da OIT sobre o ônus de doenças e lesões relacionadas ao trabalho, 2000-2016” (OMS; OIT, 2021a), levam em consideração 19 fatores de risco ocupacional, como exposição a longas jornadas de trabalho e exposição no ambiente de trabalho à poluição do ar, asmagens, substâncias cancerígenas, riscos ergonômicos e ruídos. Cerca de 750.000 mortes estavam relacionadas às longas horas de trabalho, sendo este o principal risco identificado. A exposição à poluição do ar (partículas, gases e fumos) foi responsável por 450.000 mortes no período (OMS; OIT, 2021b).

Num contexto de forte concorrência global, de valorização cambial e abertura indiscriminada, além do baixo e instável crescimento econômico, os estados nacionais (desenvolvidos e em desenvolvimento), os agentes financeiros internacionais e as empresas têm intensificado os processos de exploração do trabalho e da natureza, causando graves impactos ao meio ambiente, e particularmente ao meio ambiente do trabalho, como estratégia de recomposição da lucratividade.

No caso brasileiro, a corrosão do Direito do Trabalho e do meio ambiente laboral está inserida no processo econômico, social e político mais abrangente de institucionalização de novas formas de subordinação e exploração do trabalho e da natureza, renovando e reconfigurando a precarização estrutural e histórica no país (DRUCK, 2011; 2012). O mercado de trabalho nacional é marcado por profundas contradições estruturais, gestadas ao longo de quase quatro séculos de escravidão colonial e fragilmente enfrentadas no processo de instituição da legislação social protetiva. Excedente de mão de obra, informalidade, desigualdades raciais e de gênero, heterogeneidade dos vínculos, alta rotatividade, baixa qualificação, jornadas exaustivas, baixo padrão remuneratório, baixa representatividade sindical, amplitude do poder patronal, baixa cobertura e efetividade da legislação social e altas taxas

2. “O trabalho é primeiramente um processo que acontece entre o homem e a natureza, um processo em que o homem regula e controla seu metabolismo com a natureza pela mediação de sua própria ação. Ele se apresenta diante da matéria natural como uma potência natural em si. Ele põe em movimento as forças naturais de sua pessoa física, de seus braços e pernas, de sua cabeça e mãos, para apropriar-se da matéria natural de uma forma útil para sua própria vida. Mas, agindo sobre a natureza exterior e modificando-a por meio desse movimento, ele altera também sua própria natureza. [...] O processo de trabalho [...] é a condição natural eterna da vida dos homens” (FOSTER, 2018).

acidentárias e de mortes no local de trabalho são algumas dessas características.

A tragédia causada pelo rompimento das barragens de propriedade da empresa multinacional Vale S/A, localizada no município de Brumadinho/MG, em janeiro de 2019, é representativa dessa fusão corrosiva entre as crises trabalhista e ambiental no Brasil. Do ponto de vista socioambiental, a situação reflete o estado conflitante entre meio ambiente e desenvolvimento econômico no contexto atual do capitalismo neoextrativista predatório em ascensão no país. Já do ponto de vista laboral, o caso Brumadinho representou o maior acidente de trabalho da história nacional, o segundo acidente industrial – categorização utilizada para desastres em larga escala causados por atividades empresariais – de maior fatalidade do século XXI, em todo o mundo (SOUZA; FALLET, 2019). O evento se repete a pouco mais de três anos do ocorrido em 2015, no município de Mariana/MG, onde outra barragem também de responsabilidade da empresa Vale rompeu, matando 19 pessoas e destruindo completamente o rio Doce, quinto maior curso fluvial do país.

Até então, o maior acidente registrado nacionalmente tinha sido o desabamento faraônico da estrutura de concreto armado do Pavilhão de Exposições da Gameleira, na cidade de Belo Horizonte/MG, onde trabalhavam 512 operários. Projetado por Oscar Niemayer, com cálculo estrutural de Joaquim Cardozo, fundações executadas pela SOBRAF e construção de responsabilidade da SERGEN Engenharia, às 11h45min, do dia 4 de fevereiro de 1971, parte da obra desabou, matando 69 pessoas e ferindo mais de cem (BORBA, 2007).

No caso Brumadinho, de acordo com levantamento feito pelo Ministério Público do Trabalho de Minas Gerais (MPT/MG), 427 trabalhadores estavam no local do acidente às 13 horas, momento exato do rompimento da barragem do Córrego do Feijão, muitos situados no refeitório da empresa, em intervalo para repouso e alimentação. Desse total, 255 trabalhadores, próprios e terceirizados encontram-se mortos e 15 estão desaparecidos. Auditores-Fiscais do Trabalho, da Superintendência Regional do Trabalho em Minas Gerais (SRT/MG) apresentaram relatório de investigação sobre o maior acidente trabalhista nacional, apontando nove causas para o evento sinistro³. Os problemas

remontam à época da construção da infraestrutura no ano de 1976 (SINAIT, 2019).

Com base na Lei nº 8.213/1991 que estabelece o Plano de Benefícios do Regime Geral da Previdência Social, por acidente de trabalho deve-se entender o evento que ocorre pelo ou no exercício do trabalho, provocando lesão corporal, perturbação funcional, redução da capacidade laborativa ou morte do trabalhador. Doenças profissionais (derivadas da prestação laboral peculiar numa dada atividade) e as doenças do trabalho (adquiridas ou desencadeadas em função das condições de realização da prestação laboral) também são consideradas acidente de trabalho.

A monetização dos riscos e danos como via pragmática de responsabilização empresarial – e quando acontecem – conformam um tipo de economia necropolítica (MBEMBE, 2016) que afeta principalmente os trabalhadores e o meio ambiente em que estão inseridos em contextos de expropriação e descartabilidade. As discriminações sistêmicas e interseccionais de origem, etnia, raça, gênero, sexualidade, geração, classe e condição, importam numa distribuição desigual dos graves danos socioambientais experimentados nesse processo de predação característico do modelo econômico neoextrativista-financeiro dominante no século XXI.

Ao lado da descaracterização do núcleo formal da relação empregatícia ante as formas contratuais atípicas (terceirização, pejotização, uberização etc.), a fragilização do poder regulatório público legal e negocial, a majoração do poder patronal na determinação dos elementos centrais do vínculo de emprego (contratação, remuneração e jornada), a desestruturação dos sistemas de proteção social via reformas trabalhistas e os ataques ideológicos sistemáticos promovidos pela mídia corporativa, universidades e agências neoliberais de *think tank*, parecem ter corrompido tanto a funcionalidade protetiva do Direito do Trabalho como a noção de meio ambiente do trabalho digno e seguro.

Nessa perspectiva, com o presente artigo pretendemos refletir sobre como as tendências atuais dos regimes de acumulação de capital sob a égide do neoliberalismo repercutem de forma catastrófica tanto para o meio ambiente quanto para as relações

3. “As nove causas apontadas foram distorções no cálculo dos fatores de segurança, geologia local desconhecida, operação irregular – lançamento de rejeitos e largura de praia, sistema de drenagem – interno e superficial – insuficiente

e mal conservado, demora no rebaixamento efetivo da linha freática, existência de anomalias recorrentes, falhas em planos de emergência, auscultação deficiente – piezômetros, inclinômetros, e gestão de segurança e saúde no trabalho precária” (SINAIT, 2019).

laborais contemporâneas, ao catalisar processos globais de expropriação e flexibilização dos sistemas normativos de proteção social do trabalho e da natureza. Para subsidiar o entendimento sobre as funções concretas e potenciais do Direito do Trabalho nesse cenário avançado de crise, o texto foi organizado em duas partes, além da introdução e das considerações finais. Primeiramente, buscamos contextualizar sinteticamente a regulação do meio ambiente do trabalho pelo ordenamento brasileiro para analisar como a reforma trabalhista implementada com a aprovação da Lei 13.467/2017 tem corroído o meio ambiente laboral seguro e saudável enquanto direito fundamental. No segundo momento, a partir da revisão dos conceitos de Antropoceno e Capitaloceno na literatura especializada, propomos explicar o estágio atual de degradação do trabalho, do meio ambiente e do direito laboral no Brasil e no mundo para além dos aportes teóricos e práticos oferecidos sobre as crises de ordem econômica no esteio do capitalismo financeiro neoliberal, situando esse movimento predatório nos marcos de uma crise civilizatória mais abrangente que ameaça a própria existência da humanidade e das demais espécies do planeta, tal qual conhecemos.

2. REFORMA TRABALHISTA E A CORROSÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO BRASIL

A tutela jurídica ambiental sofreu profundas transformações na experiência brasileira. Ao longo do século XX, o ordenamento jurídico nacional passou de uma total desregulamentação para a consolidação de um amplo sistema de proteção do meio ambiente, incluindo o meio ambiente do trabalho, com um extenso corpo legislativo constitucional, infraconstitucional e internacional, além da criação de órgãos específicos de execução, monitoramento e fiscalização das políticas públicas, com atuação dos órgãos do sistema de justiça.

A lei 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, inciso I, define que: “entende-se por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Para José Afonso da Silva (2004), o meio ambiente decompõe-se em: meio ambiente natural ou físico, formado pelo conjunto de elementos naturais em correlação com as espécies e demais seres vivos; meio ambiente artificial, aquele constituído pela ação antrópica de transformação

da natureza, sendo o espaço urbano seu exemplo mais característico; e o meio ambiente cultural, representativo das relações sócio-históricas estabelecidas entre a coletividade e o meio natural em que está inserida.

Avançando sobre as formulações do constitucionalista, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2017) teoriza que o meio ambiente do trabalho pode ser compreendido como o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (se mulheres, homens, maiores, menores, celetistas, servidores públicos etc.). Para Júlio Cesar de Sá da Rocha (2013), o meio ambiente do trabalho é composto por elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores presentes no seu local de trabalho. Assim, o trabalhador é afetado diretamente pelo ambiente em que labora, com consequências na prestação e na performance do trabalho.

A regulamentação do meio ambiente do trabalho tem natureza constitucional, sendo um direito fundamental de terceira geração, de caráter difuso e coletivo. Há um conjunto de garantias previstas na Constituição Federal de 1988 que asseguram o direito a um meio ambiente equilibrado, incluindo aí o ambiente de trabalho. A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são fundamentos do estado democrático de direito e se irradiam para qualificar o direito ambiental do trabalho. O art. 7º, XXII, da CF/1988 dispõe que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Inserido no artigo 196 da Carta Cidadã, a saúde é compreendida como direito de todos e estabelece o dever de o Estado garanti-lo por meio de políticas voltadas para a redução do risco de adoecimento, bem como pelo acesso universal e igualitário a ações e serviços para a promoção, prevenção e recuperação da saúde. Assim, as regras não tratam tão somente de direitos trabalhistas ou ambientais, sendo incluídas no rol dos direitos sociais à saúde, devendo ser garantidos mediante políticas públicas sociais e econômicas, integrando-as na estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio das ações de vigilância sanitária e epidemiológica da saúde no trabalho e da proteção do meio ambiente do trabalho, como

dispõe o art. 200. Já o art. 225 da CF/1988 estabelece que 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.

No plano infraconstitucional, o meio ambiente do trabalho é regulamentado, dentre outros, pelos seguintes instrumentos: a) Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981; b) Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, alterada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977; c) Normas Regulamentadoras – NR do Ministério do Trabalho e Emprego. Na CLT (BRASIL, 1943), o Capítulo V é destinado à segurança e medicina do trabalho (arts. 154 a 200). São normas de ordem pública, de indisponibilidade absoluta. Segundo o art. 157 da CLT, cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, além de instruir os empregados quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. Destaca-se aqui o entendimento jurisprudencial do TST consignado na Súmula 289 de que o “simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzem à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais relativas ao uso efetivo do equipamento empregado”. Já aos empregados, cabem observar as normas de saúde e segurança, sob pena de cometimento de falta funcional de natureza grave, cuja reincidência pode acarretar no rompimento motivado do vínculo de emprego.

A CLT delegou à autoridade administrativa do poder executivo federal a regulamentação detalhada das normas de saúde e segurança. A União, através do ministério correspondente tem competência para expedir as Normas Regulamentadoras (NRs). Estas são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário que possuam empregados regidos pela CLT. O não cumprimento das disposições legais e regulamentares sobre a segurança e medicina do trabalho acarretará ao empregador a aplicação das penalidades previstas na legislação pertinente. Assim, por meio de ações coordenadas do Sistema Único de Saúde (SUS), das Superintendências Regionais do Trabalho e dos órgãos e secretarias do Ministério do Trabalho, cabe ao Poder Executivo fiscalizar o cumprimento das normas de saúde e segurança, exigibilidade

de adoção de condutas preventivas e reparadoras, além da imposição de penalidades.

Além disso, a CLT e as NRs estabelecem a obrigatoriedade de parte dos empregadores de elaborar e implementar o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO) que tem o objetivo de promover e preservar a saúde do conjunto de seus trabalhadores. Esse programa deve ter caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde, relacionados ao trabalho, inclusive pela constatação de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde do trabalhador. A NR-9 prevê ainda a obrigatoriedade na elaboração e implementação do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) que terá como função antecipar, reconhecer e avaliar dos riscos ambientais existentes ou que possam surgir no ambiente de trabalho de segmentos potencialmente poluidores. O art. 163 da CLT e a NR-5 regulamentam as atribuições da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA). Em regra, os empregadores, seja de natureza pública ou privada, estão obrigados a constituir a CIPA (só as empresas com menos de 20 empregados é que estão desobrigadas).

Com relação à prevenção e à reparação dos danos ao meio ambiente do trabalho, além da responsabilidade objetiva na forma do § 3º do art. 225 da Constituição Federal e § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/1981, aplica-se a responsabilidade solidária de todos aqueles que, pela sua atividade, causem danos ao meio ambiente ou potencializem a criação de risco para o mesmo. Assim, responde solidariamente quem se omitir de um dever de tutela e prevenção ambientais, pois o meio ambiente sadio, pleno e global é um direito de todos e dever do Estado e da sociedade, como preconiza o art. 225 da Constituição Federal.

No âmbito da regulamentação internacional, o meio ambiente do trabalho encontra cobertura em uma série de tratados ratificados pelo Brasil junto a Organização Internacional do Trabalho (OIT). As convenções sobre proteção à maternidade (nº 103), contra radiações ionizantes (nº 115), sobre o peso máximo das cargas (nº 127), prevenção de acidentes (nº 134), sobre câncer ocupacional (nº 139), meio ambiente do trabalho (nº 148), serviços de saúde no trabalho (nº 161), prevenção de grandes acidentes industriais (nº 174), erradicação das piores formas de trabalho infantil (nº 182) são alguns desses instrumentos de direito internacional.

Apesar da extensa legislação socioambiental, da formatação de instituições públicas de regulação

e fiscalização, do reconhecimento formal do poder de negociação dos sindicatos, a realidade do mercado de trabalho nacional ainda é marcada pelo alto grau de risco acidentário, como níveis elevados de insegurança nos locais de prestação dos serviços. Segundo os dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho, instrumento desenvolvido e mantido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em cooperação com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), no período de 2012 a 2020 foram registrados aproximadamente 5.589.837 (milhões) de acidentes de trabalho no Brasil. Um acidente estimado a cada 48 segundos (MPT; OIT, 2021).

Desse total, quase 20.467 resultaram em mortes acidentárias notificadas. Um acidente fatal a cada 3 horas 51 minutos 28 segundos. Somados os períodos de cada acidentado, são mais de 427 milhões de dias de trabalho perdidos com afastamentos previdenciários acidentários no país, representando um gasto para a Previdência de mais de R\$100 bilhões no período. Pelos cálculos da OIT, acidentes e doenças de trabalho implicam perda anual de cerca de 4% do Produto Interno Bruto (PIB), o que, no caso do Brasil, equivaleria, em números de 2017, a R\$ 264 bilhões (MPT; OIT, 2021).

Para agravar ainda mais esse cenário de risco generalizado, a aprovação da Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017) que instituiu a chamada reforma trabalhista repercutiu diretamente na flexibilização das normas de proteção do meio ambiente do trabalho, a partir da legalização de quatro tendências predatórias. A defesa da flexibilização da regulação social trabalhista é apresentada por setores patronais como solução ao crescente desemprego, permitindo às empresas fazerem ajustes na perspectiva de reduzir os custos de produção, ampliando a produtividade e a competitividade, num contexto econômico de forte exposição à concorrência, de valorização cambial, abertura indiscriminada, de baixo e instável crescimento, sob a hegemonia do capital financeiro.

Em termos práticos, a reforma trabalhista disponibilizou à classe patronal uma série de mecanismos jurídicos de ajustamento do emprego e das condições de trabalho aos níveis de produção, às flutuações do mercado (variação de demanda, de taxa cambial, etc.) e às inovações tecnológicas (KREIN, 2018). A flexibilização da legislação social trabalhista é vendida como única alternativa aos limites de crescimento e geração de postos de trabalho típicos do padrão regulatório tayloriano-fordista, estruturando-se em um conjunto de medidas voltadas para o afrouxamento das regras de proteção social

do trabalho e do trabalhador, frente às mudanças da realidade econômica. Vejamos mais detalhadamente cada uma dessas tendências e as repercussões na degradação do meio ambiente de trabalho seguro e saudável no país.

A primeira é a ampliação geral e irrestrita da terceirização dos serviços, com a generalização dos riscos daí decorrentes. A reforma trabalhista foi inaugurada com a aprovação da Lei nº 13.429/2017, que alterou a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/1974), regulamentando a terceirização por meio dos artigos 4º-A e 5º-A. A nova lei estabelece que terceirização é a transferência feita pela empresa contratante a empresa de prestação de serviços especializados da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive a principal.

Segundo o economista do trabalho e professor da Unicamp, José Dari Krein (2013), a terceirização se constitui na principal forma de flexibilização da contratação no Brasil, especialmente a partir da década de 1990, numa contraofensiva aos processos de conquistas de direitos obtidos pelos trabalhadores organizados ao longo dos anos de 1970 e 1980. Reflexo das modernas técnicas de gestão, a terceirização não é um fenômeno novo na produção capitalista, mas adquire expressão nos anos recentes, dentro do contexto de reestruturação produtiva e de ajuste organizacional promovido pelas empresas na busca de competitividade e produtividade, via redução de custos.

A terceirização se manifesta de distintas formas nos diversos segmentos econômicos em que atua, especialmente por meio da: a) subcontratação de rede de fornecedores; b) contratação de empresas especializadas de prestação de serviço; c) alocação de trabalho temporário; d) cooperativas de trabalho, dentre outras, visando 1) a busca pela redução de custos; 2) a flexibilidade organizacional; 3) a partilha dos riscos da atividade econômica com os trabalhadores ou outros agentes econômicos. A terceirização não se reduz a essas formas de contratação, pois abarca todo processo de externalização de atividades produtivas para outras empresas ou pessoas físicas. A adoção de certos mecanismos jurídicos que ocultam a figura do real empregador pode trazer dificuldades para se definir os verdadeiros polos da relação de emprego.

Ao estimular a transformação de empregados em pessoas jurídicas, com a pejetização e falsas cooperativas, o uso indiscriminado da terceirização foi porta para ampliação da informalidade. O processo de terceirização baseado na redução dos custos

tende a fortalecer relações de trabalho atípicas, incluindo o trabalho por conta própria sem a devida proteção social, além da contratação de trabalhadores sem registro, aumentando os riscos de ocorrência de acidentes de trabalho.

De acordo com a Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANMT), no setor extrativo de petróleo e gás, por exemplo, os profissionais terceirizados têm 5,5 vezes mais chances de morrerem em um acidente de trabalho do que os empregados efetivos (ANMT, 2013). Na Petrobras, empresa pública de ponta no ramo, entre 1995 e 2018, dos 377 mortos em serviço, 307 eram terceirizados, assustadoramente, 81% do total dos óbitos (CONTRAFUT, 2018). No setor elétrico, a proporção de terceirizados mortos é de 3,4 vezes em relação aos efetivos (IPEA, 2018). Dois fatores ajudam a explicar esses números: primeiro, a gestão menos rigorosa dos riscos ocupacionais devido ao porte das empresas terceirizadas em relação às suas tomadoras; segundo, pelo fato das tarefas terceirizadas serem aquelas que geralmente envolvem maiores riscos ocupacionais.

Muitas vezes, na luta concorrencial e para ajustar-se ao preço da tomadora dos serviços, a empresa terceirizada tende a precarizar as condições de trabalho e de remuneração, intensificando o trabalho, pagando menores salários, rebaixando as condições de saúde e segurança. Para cumprir o determinado no contrato civil de atividade firmado com a contratante, a terceirizada é pressionada a burlar algumas determinações legais como estratégia competitiva, a exemplo do desvirtuamento dos vínculos de emprego, não proceder aos recolhimentos das contribuições sociais, não fornecer equipamentos de proteção individual ou treinamento especializado à execução dos serviços pelo trabalhador (BIAVASCHI; MORETTO; DROP-PA, 2015). Dados do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIESSE), divulgados pelo Fórum Nacional de Centrais Sindicais em Saúde do Trabalhador, revelam que a cada dez vítimas de acidentes laborais, oito são terceirizadas (SANTOS, 2018).

Apesar da desverticalização e da especialização nem sempre representarem processos de precarização nas relações de trabalho, o padrão que se verificou no Brasil foi de uma terceirização voltada para a redução de custos e aumento da flexibilidade da empresa na gestão dos fatores de produção. A terceirização está presente em praticamente todos os segmentos econômicos do país, com mais intensidade no setor de serviços, mas também no setor público.

Ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal (STF) têm construído uma jurisprudência favorável à legalização da terceirização, a despeito das amplas evidências que relacionam o instituto ao trabalho precário e degradante (DRUCK; FRANCO, 2007); (IPEA, 2018). Destaca-se o julgamento da ADPF 324/STF, no ano de 2018, que por sete votos favoráveis e quatro contrários, declarou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade da empresa, seja ela meio ou fim, não configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. A edição do Tema 725/STF, a partir do *leading case* RE 658252⁴, estabeleceu em sede de repercussão geral que é lícita a terceirização ou qualquer forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Em 2020, também por sete votos a quatro, foram julgadas improcedentes cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 5685, 5686, 5687, 5695 e 5735) que questionavam as mudanças nas regras de terceirização de trabalho temporário introduzidas pela Lei 13.426/2017. O julgamento foi realizado em sessão virtual encerrada no dia 15 de junho de 2021⁵. Segundo os argumentos apresentados pelos impetrantes, a prática irrestrita de terceirização e trabalho temporário em atividades ordinárias das empresas viola direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, ao propiciar tratamento diferenciado entre empregados diretos e terceirizados na mesma empresa (STF, 2020).

Ao apreciar as ADIs, o ministro relator Gilmar Mendes, defendeu que a terceirização é um fenômeno inexorável, afirmando que não se trata de uma escolha entre o trabalho formal e informal, mas “entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão frequentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com

4. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º, 5º, II, XXXVI, LIV e LV e 97 da Constituição federal, a licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada, para prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços, haja vista o que dispõe a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o alcance da liberdade de contratar na esfera trabalhista.

5. As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 5685), pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (ADI 5686), pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 5687), pelas Confederações Nacionais dos Trabalhadores na Indústria Química e dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro e Calçados (ADI 5695) e pela Procuradoria-Geral da República (ADI 5735).

a realidade” (STF, 2020). Com base em um consequencialismo jurídico – que busca associar a manutenção de direitos trabalhistas a um futuro de carestia e desemprego – a Corte Suprema tem sedimentado uma hermenêutica tautológica em que o “Direito do Trabalho é usado como fonte para sua própria negação” (CARVALHO, 2020).

A segunda tendência aprofundada pela reforma trabalhista é a naturalização do trabalho extraordinário, ao possibilitar a alteração dos regimes de jornada, instituição do banco de horas, a generalização da jornada 12x36, a supressão do intervalo de repouso/alimentação, o fracionamento das férias, a exclusão do pagamento das horas *in itinere*, a legalização do teletrabalho sem controle de jornada, via negociação coletiva ou acordo individual. Como fora apontado no início do texto, é justamente o excesso de jornada um dos fatores que mais contribuem para a ocorrência de acidentes de trabalho, particularmente, os fatais, tornando o meio ambiente laboral mais inseguro.

Os incisos I e II do artigo 611-B, inseridos pela reforma, autorizam que trabalhadores e empregadores ajustem livremente o pacto da jornada de trabalho e o banco de horas, desde que respeitado o limite constitucional de oito horas diárias e 44 horas semanais, estabelecido no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988. É o caso também do novo regramento do contrato em regime de tempo parcial, regulado a partir do artigo 58-A da CLT. De acordo com o dispositivo, o trabalho em regime de tempo parcial passou a ser válido nas seguintes hipóteses: a) aquele cuja duração não exceda a 30 (trinta) horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares; ou b) aquele cuja duração não exceda 26 (vinte e seis) horas suplementares semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais. Considerando o regime de compensação semanal, um trabalhador por tempo parcial pode chegar a trabalhar 32 horas na semana sem ter direito ao recebimento de adicional de horas extraordinárias.

Diferentemente dos outros fatores de produção, o tempo é o único recurso efetivamente não renovável. A dimensão do conflito na utilização do tempo de trabalho pode ser verificada na centralidade que a redução de jornada teve nas lutas dos trabalhadores, da escravidão colonial moderna à universalização do trabalho assalariado. A luta social pela redução de jornada moldou Constituições e estados nacionais sob a égide dos direitos sociais fundamentais. Hoje, trabalhar oito horas diárias parece coisa do passado para várias categorias de

trabalhadores, a exemplo dos motoristas e entregadores por plataformas digitais, inseridos em jornadas de dez, doze horas ininterruptas de prestação laboral (ABÍLIO, 2017).

Ao reduzir a porosidade do trabalho e vincular o incremento da remuneração à produtividade, o trabalhador intensifica o ritmo de trabalho, ampliando os riscos de sofrer um acidente. Para viabilizar esse cenário, a reforma cuidou de alterar a natureza das regras sobre duração do trabalho, sendo esta, a terceira tendência. O inciso III do artigo 611-B permite que a negociação coletiva estabeleça regramento alternativo para fruição do intervalo interjornada, diferente do disposto no artigo 71 da CLT, e sem a autorização do órgão do poder executivo federal.

Se antes o intervalo mínimo para repouso e alimentação era de uma hora para jornadas superiores a 6 horas, com a reforma, esse intervalo poderá ser de 30 minutos. A intensificação do trabalho se deve à diminuição dos intervalos entre uma atividade e outra, reduzindo a ociosidade do trabalhador, ou seja, cada ínfimo momento de pausa para recomposição do trabalho é capturado, pois sua força de trabalho está sendo intensamente absorvida e controlada pelo processo de produção.

Com jornadas mais extensas, trabalhadores em geral, sejam empregados ou autônomos, estão expostos a maiores riscos no ambiente de trabalho, aumentando as taxas de acidentes laborais. Em São Paulo, por exemplo, no ano de 2018, foram registrados 37 acidentes fatais envolvendo trabalhadores motofretistas de empresas-aplicativo como Uber Eats, Ifood, Loggy, Rappi e Glovo, contra 27 no ano de 2017⁶. É prática comum no setor oferecer bônus em dinheiro aos que fazem entregas em menos tempo, crescendo o risco de acidentes. Ao vincular a

6. “Em 2018, foram 366 mortes na capital paulista, contra 311 em 2017. Aplicativos de comida dão bônus por entregas rápidas. (...). Além da conhecida pressa dos motociclistas, alguns aplicativos, especialmente de entrega de comidas, dão bônus em dinheiro aos que fazem entregas em menos tempo e aumentam o risco de acidentes. (...). Felipe do Nascimento é motoboy e a necessidade de faturar supera o perigo de correr entre os carros. ‘Quanto mais agilidade a gente tiver, mais dinheiro a gente ganha, né? Quanto mais serviço você fizer você ganha mais, mas o risco é grande.’ (...). ‘Infelizmente, é um incentivo à insegurança. Essas empresas estão gerando um grande risco a esses profissionais. E o pior: o profissional está aceitando esse risco. A ideia é que a entrega seja feita dentro dos padrões de segurança, da velocidade, dos equipamentos de segurança, ou seja conforme prega as resoluções e a legislação’, afirmou José Aurélio ramalho, diretor-presidente do Observatório Nacional de Segurança Viária” (G1, 2019).

possibilidade de aumento da remuneração à produtividade, o motofretista se vê pressionado a intensificar seu ritmo de trabalho, ampliando a jornada na busca de melhores salários. Na economia da auto-exploração maximizada pela reforma trabalhista, a conversão massiva do tempo social em tempo produtivo se faz ao custo da saúde e segurança do trabalhador.

Uma das mudanças mais significativas foi a instaurada pelo novo § 2º do art. 4º da CLT. Por não se considerar tempo à disposição, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras: I – práticas religiosas; II – descanso; III – lazer; IV – estudo; V – alimentação; VI – atividades de relacionamento social; VII – higiene pessoal; VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa. É o processo de radicalização do uso do tempo de trabalho, passando a considerar como sendo de “natureza pessoal”, atividades inerentes à relação de emprego como troca de uniforme, por exemplo.

Por fim, a quarta tendência é a exposição prolongada ao risco através da flexibilização das regras de proteção contra os efeitos da insalubridade no ambiente de trabalho. Delgado e Delgado (2017) nos lembram que o trabalho em atividades insalubres sempre foi tema regulado com rigor pelo Direito do Trabalho e pela Constituição. Não por menos, o constituinte originário elevou o direito ao adicional de insalubridade e periculosidade à condição de direito social fundamental trabalhista. São normas de indisponibilidade absoluta e juntamente com os demais dispositivos do artigo 7º, inciso XXII, além do 611-A da CLT instituem uma verdadeira política de proteção no meio ambiente do trabalho, visando a prevenção e a redução dos riscos aos trabalhadores (DELGADO, 2018).

A nova redação do art. 611-A da CLT prevê que por meio de negociação coletiva seja possível enquadrar o grau de insalubridade de forma diferente do estabelecido em lei. Embora a nova lei proíba que acordos e convenções coletivas estipulem quais atividades são ou não insalubres, autorizam que possam determinar o grau mínimo, médio e máximo, diferentemente do estabelecido em lei. Esse regramento parece de constitucionalidade duvidosa, na medida em que o art. 7º, inciso XXIII da CF/1988

inclui entre os direitos dos trabalhadores o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Além disso, Santos e Elizeu (2019) reforçam que a própria CLT dispõe no artigo 195 que o enquadramento das atividades em seus graus de insalubridade respectivos depende de perícia técnica especializada a ser feita por profissional certificado, cabendo, inclusive, validação em juízo, não podendo, ser objeto de livre disposição entre as partes.

De forma espantosa, o art. 394-A procurou facilitar a prorrogação da jornada em ambientes insalubres, até mesmo para as mulheres grávidas e lactantes, sem a verificação necessária da autoridade competente quanto à sua viabilidade, conveniência e repercussão nas condições de saúde e segurança das e dos trabalhadores. Os efeitos do artigo foram suspensos por decisão liminar do ministro Alexandre de Moraes do STF, proferida em maio de 2019. A ADI 5938 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, questionando os incisos II e III do artigo 394-A Consolidado que preveem o afastamento da empregada de atividades insalubres quando a mulher apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação ou lactação. Ante o argumento da parte autora de que a nova previsão legal afronta a proteção que a Constituição Federal atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado, o relator confirmou a presença dos requisitos da verossimilhança e do perigo da demora para conceder a medida cautelar. O dispositivo foi declarado inconstitucional em 25 de maio de 2021, por dez votos a um, indicando a violação dos artigos 1º, III e IV; 6º; 7º, XXXIII; 170; 193; 196; 201, II; 203, I; 225, dentre outros da Constituição Federal, resultando em decisão transitada em julgado.

O contexto prolongado da pandemia global da Covid-19 acirrou ainda mais as fragilidades da economia e da precariedade estrutural do trabalho no Brasil. A crise de ordem sanitária desdobrou-se numa grave crise social, econômica e política, com fortes impactos no mercado de trabalho e na estrutura de regulação das relações trabalhistas. Segundo dados do IBGE, até o mês de maio de 2021, a pandemia ceifou mais de 650 mil vidas e corroeu 7,8 milhões de postos de trabalho nacionais. Pela primeira vez na história da série contínua da PNAD, menos da metade das pessoas em idade para trabalhar está empregada. O desemprego atinge a vida de 12,7 milhões de brasileiros.

As mudanças advindas com a reforma trabalhista, acirradas na pandemia da Covid-19, parecem generalizar a sociedade do cansaço pensada pelo filósofo sul-coreano e professor da Universidade de Berlim, Byung-Chul Han, em seu livro homônimo. O mal-estar contemporâneo e as enfermidades produzidas pelos novos dispositivos de poder típicas de um mundo do trabalho marcado pela hiperinformação, pela hiperatividade, pelo hiperdesempenho são os dilemas do século XXI (HAN, 2015).

A passagem do relógio de ponto para o relógio de pulso tem se mostrado eficiente no incremento da produtividade e vinculação (objetiva e subjetiva) do trabalhador às novas formas de subsunção da sua força de trabalho, muitas vezes rifando sua saúde, quando não, a própria vida (ABÍLIO, 2017). Todo esse cenário mais complexo, desvela a “insustentabilidade absoluta do modelo anterior, baseado na exploração sem fim da mão de obra (*rectius*: seres humanos) e da terra (*rectius*: recursos naturais finitos do planeta Terra)” (CARELLI, 2020).

Leituras dogmáticas, tecnicistas e disciplinarmente isoladas não possuem a capacidade de explicar de modo satisfatório o estágio atual de degradação das forças do trabalho e da natureza no esteio do ultraliberalismo dominante, muito menos de apresentar alternativas radicais ao enfrentamento do problema. A nova razão do mundo, professada por Dardot e Laval (2016), expressa na hegemonia político-econômica do neoliberalismo, reforça a lógica da exploração exponencial do trabalho e dos recursos naturais indispensáveis à vida planetária.

3. ANTROPOCENO/CAPITALOCENO: NATUREZA E DIREITO DO TRABALHO EM RUPTURA SOCIOMETABÓLICA

O Direito do Trabalho, legatário do padrão de desenvolvimento pós-escravista urbano-industrial que acelerou a apropriação da força de trabalho e da natureza ao longo do século XX, hoje tem sido descartado pelo novo padrão de desenvolvimento da chamada revolução 4.0, radicalizando as formas de subordinação dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que subverte a noção de meio ambiente do trabalho, ocultando suas bases ambientais destrutivas sob a pecha de empreendedorismos e economias de compartilhamento. As mudanças em curso estariam impondo um padrão de desregulação, elevando a autonomia da vontade como instituto jurídico basilar para regular as novas relações de trabalho,

ao mesmo tempo em que subverte o meio ambiente laboral com a externalização dos riscos e responsabilidades para o próprio trabalhador.

Diante da catástrofe que se impõe via sucessivas reformas trabalhistas, estaria o Direito do Trabalho limitado a cumprir somente uma função de adequação à nova ordem austera do Estado de direito (CARVALHO, 2022), promovendo um ajuste socialmente excludente, humanamente degradante e ambientalmente nocivo à sociedade e ao conjunto dos trabalhadores; ou seria possível imaginar outros sentidos e funcionalidades que reforcem um sistema de proteção e garantias pautados pela relação simbiótica e totipotente entre o gênero humano e a natureza, entre trabalhadores e o meio ambiente?

Para compreender em profundidade essas questões, Raúl García Barrios e Nancy M. Jiménez Martínez (2020) sinalizam que refletir sobre os conceitos de Antropoceno e Capitaloceno é fundamental num contexto em que as crises de ordem sanitária, econômica, política, militar e climática em curso parecem colocar a humanidade mais perto do fim do mundo tal como conhecemos, denunciando com agudez, a partir de evidências incontornáveis, as limitações de um sistema capitalista globalmente interconectado, fragilmente articulado e incapaz de resolver as contradições socioambientais decorrentes do seu próprio funcionamento. Esse debate público, avançam os pesquisadores da Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM, por um lado, tem alertado sobre os ajustes necessários entre a forma de vida humana e o meio natural em que está inexoravelmente inserida. Por outro, tem servido para nominar o momento atual da história planetária, além de atribuir responsabilidades sobre esse processo.

Como fora apontado, a gênese do conceito Antropoceno “se refere ao poder que a atividade humana adquiriu até se tornar uma força ambiental destrutiva em escala geológica” (Barrios; Martínez, 2020). Eugene Stoermer e Paul Crutzen utilizaram o termo pela primeira vez para descrever as mudanças que o globo experimentava devido à presença humana. Para os cientistas naturais, o grau de intervenção antrópica na biosfera continuará visível por milhões de anos, gravado nas camadas geológicas do planeta. Assim, paleontólogos de um futuro distante poderão identificar as transformações abruptas na composição atmosférica, o derretimento das calotas polares, a acidificação e expansão dos oceanos, desertificações, o aquecimento global e a extinção massiva de espécies, danos provocados pelos modos

de reprodução socioeconômica da humanidade em sua passagem devastadora sobre a Terra (ESTEVES, 2014).

Muito embora não haja consenso quanto ao início da conversão da humanidade em força geológica, se com o início da revolução neolítica, das grandes navegações coloniais ou da era energética nuclear, Paul Crutzen, a partir de pesquisas desenvolvidas junto ao Programa Internacional Geosfera-Biosfera⁷ (IGBP), sugeriu que a data de início do Antropoceno fosse estabelecida perto do final do século XVIII, no mesmo período da revolução industrial (e da gênese do direito do trabalho), coincidindo com a invenção da máquina a vapor por James Watt em 1784. Após discussões coletivas, a equipe do IGPB definiu o ano de 1750, período em que se começou a registrar mudanças profundas nas dinâmicas naturais do sistema terra, como marco inicial do Antropoceno.

Karl Marx ([1845-46], 1998), em *A ideologia alemã*, já apontava sobre o processo de conversão das forças produtivas em forças potencialmente destrutivas como expressão ontológica da acumulação de capital e realização do mais valor. Nesta complexa e imbricada equação, o trabalho ocupa a condição de variável determinante, justamente por ser o meio de intervenção no ambiente natural, direta ou indiretamente. Virgínia Fontes (2017) nos lembra que somente na sociedade capitalista os seres sociais – em sua imensa maioria – são convertidos genericamente em trabalhadores, ou seja, em seres cuja utilidade social fundamental é produzir riqueza, tendo na venda da força de trabalho, sua necessidade singular insuperável, sob quaisquer condições e atravessando todas os marcadores sociais de sexo, gênero, cor, religião, educação, região ou nacionalidade, numa busca irrefreável pela sobrevivência.

Essa necessidade vital de subsistência torna-se um imperativo maior, avassalador no capitalismo e que dramaticamente – em seu contrário –, nos é oferecida socialmente como liberdade. A liberdade genérica e universal para buscar os meios legais de sobrevivência (se em condições desiguais, isso é outra história). A atividade genérica do trabalho torna-se

sob o capitalismo apenas produção desigual de riqueza alheia, numa forma particular de sujeição da grande maioria da população não-proprietária ao longo da era moderna.

O sociometabolismo entre trabalho e capital – aqui compreendido como essa troca entre seres sociais na sua relação de transformação da natureza – é profundamente diverso, desigualmente combinado e assume várias feições segundo os lugares e os períodos históricos em que se desenvolvem. As formas de interação entre o trabalho e o capital dependem das maneiras pelas quais, em cada momento da história, a sociedade decidiu organizar sua vida material e cultural. Quanto mais se expande o capitalismo, mais o trabalho assume múltiplas configurações. Foi assim da primeira até a quarta revolução industrial, resta saber se chegaremos à quinta.

Na seara dessa verve destrutiva, o período do pós-II Guerra marca tanto o ciclo de ouro do capitalismo ocidental (HARVEY, 1992), com a consolidação das sociedades salariais, do regime de acumulação tayloriano-fordista e das promessas do Estado de bem estar social, do centro à periferia do capitalismo, como o período da chamada Grande Aceleração⁸, estabelecido a partir das alterações profundas nas dinâmicas ambientais do planeta, com o avanço da agricultura industrializada, da extração de commodities, especialmente petróleo, grãos, proteína, água e minério, da expansão da energia nuclear e da imposição do consumo como elemento central do modo de vida atual.

7. “Como parte do projeto, a equipe de síntese queria construir uma imagem mais sistemática das mudanças causadas pelo ser humano no Sistema Terrestre, baseando-se principalmente, mas não exclusivamente, no trabalho de nos projetos principais do IGBP. A ideia era registrar a trajetória do ‘empreendimento humano’ por meio de um número de indicadores e, no mesmo período, acompanhar a trajetória dos principais indicadores da estrutura e funcionamento do Sistema Terrestre” (CRUTZEN; STOERMER, 2000).

8. “Das várias teorias sobre do surgimento do Antropoceno e, portanto, uma nova Época geológica dentro do Período Quaternário, a que conquistou mais ou menos consenso dentro da ciência do sistema Terra é a chamada Grande Aceleração, que localiza o ponto de origem no período pós-1945. Essa periodização substituiu os relatos alternativos, que incluem o ‘Antropoceno Antigo’, que postula o início do Antropoceno com o início da civilização no Pleistoceno Superior ou o início da Revolução Industrial. A Grande Aceleração começou entre 1950 e 1964, mas pode ser formalmente datada em 16 de julho de 1945, com a detonação da primeira bomba atômica. Há claras evidências de um pico de radiocarbono atmosférico registrado em 1964, em anéis de árvores, e que pode ser atribuído a testes nucleares, que vão além da variabilidade natural (Zalasiewicz *et alii*, 2011). Qualquer que seja a origem específica, agora é amplamente aceito estar nesse período – essencialmente nos últimos 50 anos –, quando a mudança planetária também se torna evidente no sistema Terra como um todo. Isso inclui a mudança climática, mas também uma série de outras mudanças, como as relacionadas aos oceanos, por exemplo, a formação do plástico como uma nova rocha. Evidências recentes sugerem que o plástico, uma invenção humana de 1907, se combinou com o sedimento natural para formar um novo estrato de rocha” (DELANTY, 2018).

O Acordo de Paris e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, ambas adotadas em 2015 pelas Nações Unidas (ONU), recolocam o tema das alterações climáticas no centro da agenda internacional, levando a OIT a alinhar integralmente a Agenda para o Trabalho Digno com a luta pela sustentabilidade ambiental. Embora a Constituição de 1919 e a Declaração de Filadélfia de 1944 da OIT não façam qualquer menção sobre o tema, a incorporação da sustentabilidade ambiental como um dos sentidos do trabalho digno é uma resposta necessária aos desafios de transição justa do modelo de desenvolvimento em curso.

Diante desses fatores, o debate sobre o Antropoceno transcende os círculos de cientistas da terra para fundamentar questionamentos éticos a partir das ciências sociais e humanidades. Barrios e Martínez (2020) apontam que durante muito tempo persistiu entre muitos cientistas, tanto naturais como sociais, uma posição acrítica acerca do Antropoceno. A dimensão acrítica desta posição estaria relacionada à redução dos problemas ambientais a um tipo de ajuste técnico-político a ser resolvido a nível global, nos marcos dos instrumentos e organismos de direito internacional em aliança com redes civis transnacionais de defesa do meio ambiente, na qual o capitalismo verde e a geoengenharia exerceriam papéis fundamentais.

Nesse sentido, ao estimular uma reflexão acerca da crise socioambiental contemporânea sem considerar com a devida atenção, as causas históricas radicais que a fundamentam, as noções disseminadas sobre o Antropoceno tendem a separar a lógica do crescimento econômico linear das nações de sua base estrutural, silenciando-se sobre o papel do capitalismo nesse processo. Contrariamente a esta perspectiva reducionista, Jason Moore (2017; 2020) tem sugerido a substituição do termo Antropoceno pelo de Capitaloceno, justamente por descrever de forma mais precisa os impactos humanos concretos sobre a Terra, na medida em que atribui às sociedades capitalistas o desenvolvimento de externalidades ambientais mais nocivas ao sistema Terra. O termo dialoga ainda com as determinações raciais e de gênero que conformam o padrão patriarcal-escravagista do capitalismo global, ao denunciar os processos de superexploração da força de trabalho de mulheres, negros, imigrantes e a distribuição desigual dos prejuízos ambientais para estes setores subalternizados.

“Ao colocar a natureza no centro do pensamento sobre o trabalho e o trabalho no centro de nosso pensamento sobre a natureza, o Capitaloceno

permite pensar a crise ecológica mundial de uma maneira mais clara e profunda” (BARRIOS; MARTÍNEZ, 2020). Mais do que um sistema econômico, o capitalismo é uma forma social predatória de organização da natureza a partir da exploração do trabalho coletivo alheio (MOORE, 2020). As forças produtivas engendradas pelo capital revelam seu potencial destrutivo sobre os recursos naturais e humanos do planeta, tendo no controle do trabalho e do meio ambiente seus elementos de reprodução ampliada. É a partir desta perspectiva que Jason Moore (2017; 2020) propõe a superação do dualismo reducionista que tende a apartar em caixas distintas o que seria de um lado, as crises ecológicas, climáticas e ambientais e do outro, as crises sociais, econômicas e culturais. Assim, se a crise ambiental é também a crise do trabalho, e vice-versa, como preceitua a teoria da ruptura sociometabólica em Marx⁹, os debates em torno dos conceitos de Antropoceno e Capitaloceno, abrem um campo investigativo para se refletir sobre as funções ambientais do Direito do Trabalho diante dos processos acelerados de crise e flexibilização protetiva, para além do aspecto meramente regulatório.

Pensando sobre as graves repercussões sanitárias, ambientais e trabalhistas acirradas com a pandemia global da Covid-19 e sobre os dilemas societários colocados pelo padrão de vida predatório neoliberal, Carelli (2020) defende que mais do que a incorporação de temas, como “emprego verde” e responsabilidade ambiental das empresas (OIT, 2008), é preciso ser mais ousado e constituir um novo Direito Ecológico do Trabalho. Em contraposição às tendências de flexibilização e exclusão protetiva, esse Direito Ecológico do Trabalho seria inspirado por diretrizes de universalidade, de democratização das tarefas de reprodução social, de reconhecimento do valor social das diversas atividades e funções laborais, ampliando as noções de trabalho e empregador para determinar sujeitos e beneficiários do trabalho alheio para fins de justa retribuição. Assim, “o Direito Ecológico do Trabalho teria um tripé de atuação: *regulação estrita do tempo de trabalho, garantia da renda mínima universal*

9. “A redescoberta, na última década e meia, da teoria da ruptura metabólica de Marx passou a ser vista por muitos na esquerda como uma crítica poderosa da relação entre a natureza e a sociedade capitalista contemporânea. O resultado foi o desenvolvimento de uma visão ecológica mais unificada do mundo, transcendendo as divisões entre ciências naturais e sociais e permitindo perceber as maneiras concretas pelas quais as contradições da acumulação de capital estão gerando crises e catástrofes ecológicas” (FOSTER, 2020).

e defesa do meio ambiente do trabalho (grifos do autor)” (CARELLI, 2020, p. XX).

A virada ecológica do Direito do Trabalho impõe-se ante a necessidade de se conceber alternativas viáveis para a crise protetiva que o assola, priorizando: i) conter a invasão do tempo de trabalho remunerado sobre o tempo de vida, uma vez que quanto menor a jornada máxima de trabalho, mais postos de trabalho são gerados; ii) garantir renda permanente para subsidiar o direito de viver dignamente em todas as etapas da vida, aliada ao fortalecimento dos serviços públicos indispensáveis; iii) proteger o meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, integrando simbioticamente o gênero humano à natureza que o constitui, radicalizando os princípios ambientais da prevenção e da precaução sobre as noções de desenvolvimento e progresso (CARELLI, 2020).

Em termos práticos, o ordenamento nacional e internacional do trabalho oferece condições para que os operadores do direito e instâncias do sistema de justiça trabalhista iniciem esse movimento de transição para uma ecologia do trabalho, conforme preconizou Roberto Basile Leite (2003). O equilíbrio dos fatores ambientais materiais e imateriais relacionados ao trabalho humano e presentes no meio ambiente do trabalho legitima a incorporação das práticas de prevenção coletiva ambiental em benefício não somente das e dos trabalhadores, mas de toda sociedade impactada por processos de trabalho predatórios. A adoção de um paradigma substanciado na tutela ecológica, objetiva, integral, de ordem individual, coletiva e difusa, tendo no bem estar ambiental, na qualidade de vida, equilíbrio e segurança geracional, revela-se como caminho possível para sobrevivência e repactuação do Direito do Trabalho com sua ontologia protetiva.

4. PARA CONTINUAR DEBATENDO

Somente com o rompimento de visões dogmáticas, sectárias e autorreferenciadas é que se poderá explicar adequadamente o estágio atual da crise que assola a humanidade neste início de século XXI. Uma crise cuja singularidade reside não somente no crescimento exponencial da pobreza e do desemprego estrutural, maximizados pela racionalidade técnico-financeira da governança neoliberal dominante, mas, na possibilidade concreta de extinção da vida planetária como a conhecemos.

As consequências ambientais degradantes do projeto econômico global em curso, afetando principalmente o conjunto de trabalhadoras e trabalhadores subalternizados nas periferias do capitalismo,

reforçam que esse debate nunca foi alarmismo, como pressupõem os defensores neoliberais e negacionistas climáticos. As formulações acerca do Antropoceno/Capitaloceno reforçam o compromisso político e acadêmico de situar o estágio atual da crise do trabalho e do Direito do Trabalho a partir da crise ambiental e vice-versa, principalmente para denunciar a relação de autorreforço entre a flexibilização dos sistemas de regulação social trabalhista e a predação do meio ambiente em suas múltiplas dimensões. Nesse caso, a experiência brasileira tem sido tragicamente representativa desde a implementação da reforma trabalhista com a edição da Lei 13.467/2017.

Forjar um Direito do Trabalho capaz de transcender as limitações dogmáticas de adequação às políticas de austeridade neoliberal é tarefa urgente e os processos cotidianos de resistência sistêmica e epistêmica protagonizados por trabalhadores precários, grupos subalternos e intelectuais marginais na luta por melhores condições de trabalho e de vida oferecem as ações e ideias necessárias para adiar o fim do mundo, tal como nos instiga o filósofo e pensador indígena, Ailton Krenak (2019), radicalizando as concepções de humanidade e humano, a partir de outra ontologia, não alienada, cosmoperceptiva e integradora em sua dimensão natural e ancestral. Não há mais tempo a perder.

5. REFERÊNCIAS

- ABÍLIO, Ludmila Costhek. *Uberização do trabalho: subsunção real da viração* (2017). Passa Palavra [19/02/2017]. Disponível em: <<https://passapalavra.info/2017/02/110685>>, acessado em 14 de março de 2022.
- ALVES, José Eustáquio Diniz. *Antropoceno: a era do colapso ambiental* (2020). Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2020/01/10/antropoceno-a-era-do-colapso-ambiental-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>, acessado em 14 de março de 2022.
- ANMT. *Relação entre terceirização e acidentes de trabalho é alta* (2013). Associação Nacional de Medicina do Trabalho. Disponível em: <<https://www.anamt.org.br/portal/2013/06/19/relacao-entre-terceirizacao-e-acidentes-de-trabalho-e-alta/>>, acessado em 14 de março de 2022.
- BARRIOS, Raúl García; MARTÍNEZ, Nancy Merary Jiménez. *Antropoceno ou Capitaloceno?* Instituto Humanitas Unissinos (2020). Disponível em: <<https://www.ihu.unisinos.br/601014>>, acessado em 14 de março de 2022.
- BIAVASCHI, Magda Barros; MORETTO, Amilton J.; DROPPA, Alisson. *Terceirização e seus impactos sobre as*

- relações de trabalho em pequenos negócios e sobre a morosidade na execução trabalhista*. IN: O Social em Questão – Ano XVIII – nº 34, p. 59-86, 2015.
- BORBA, Antonio Libério. *Lembrar para ter o direito de esquecer: a reconstrução histórico-sociológica da Tragédia da Gameleira em Belo Horizonte e seus reflexos na Trajetória de vida dos atores sociais nela envolvidos*. 2007. 395 f. (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>, acessado em 14 de março de 2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acessado em 14 de março de 2022.
- BRASIL. *Lei nº 8213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>, acessado em 14 de março de 2022.
- BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>, acessado em 14 de março de 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.467*, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acessado em 14 de março de 2022.
- CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. *A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?* São Paulo: LTr, 2008.
- CAMPOS, André Gambier. *A atual Reforma Trabalhista: possibilidades, problemas e contradições*. Cidade: Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8189/1/td_2350.pdf. Acessado em 10 jun. 2019.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Primeiras linhas de um Direito Ecológico do Trabalho: lições da pandemia* (2020). Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/linhas-de-um-direito-ecologico-do-trabalho-ecologia-social-e-lico-es-da-pandemia-07052020>>, acessado em 14 de março de 2022.
- CARVALHO, Felipe Santos Estrela de. *Constitucionalismo Distópico para um Direito do Trabalho de Exceção*. IN: SAYONARA, Grillo; ADAMOVICH, Eduardo; FRAGALE, Roberto; FERRITO, Bárbara (orgs.). *Direito do Trabalho: perenidade e atualidade*. Campinas, SP: Lacier Editora, p. 55-72, 2022.
- CHAKRABARTY, Dipesh. *O clima da história: quatro teses*. *Sopro*, n. 91, p. 4-22, 2013.
- CONTRAFUT. *Terceirizados são maiores vítimas de acidentes de trabalho*. Disponível em: <<https://contrafut.com.br/noticias/terceirizados-sao-as-maiores-vitimas-de-acidentes-de-trabalho-c449/>>, acessado em 10 de julho de 2022.
- CRUTZEN, Paul J.; Eugene F. Stoermer. *"The Anthropocene"*, Global Change Newsletter, No. 41, p. 17-18, 2000.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELANTY, Gerard. *Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno*. *Sociedade e Estado* [online], v. 33, n. 2, pp. 373-388, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0102-699220183302004>>, acessado em 14 de março de 2022.
- DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- DRUCK, Maria da Graça. *Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios?* *Cadernos CRH*, Salvador, v. 24, p. 37-57, 2011.
- DRUCK, Graça. *Precarização e Informalidade: algumas especificidades do caso brasileiro*, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª Ed. São Paulo: Ltr, 2018.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Saraiva*: São Paulo, 2017.
- FREITAS, Carlos. E. S. CARVALHO, Felipe. S. E. DUTRA, Renata. Q. *Os sentidos do tempo em um direito do trabalho de exceção*. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal* [on-line]. Vol. 6, N. 2 mai-ago, 2020. Brasília-DF, 2020.
- FONTES, Virgínia. *Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho*. *Marx e o Marxismo* v.5, n.8, jan/jun, 2017.
- FOSTER, John Bellamy. *Marx e a exploração da natureza* (2018). *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/marx-e-a-exploracao-da-natureza/>>, acessado em 14 de março de 2022.
- FOSTER, John Bellamy. *Marx e a ruptura no metabolismo universal da natureza* (2020). Disponível em: <<https://esquerdaonline.com.br/2020/06/13/marx-e-a-ruptura-no-metabolismo-universal-da-natureza/>>, acessado em 14 de março de 2022.
- G1. *Acidentes fatais com motociclistas aumentam quase 18% em um ano em SP* (2019). Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/02/22/acidentes-fatais-com-motociclistas-aumentam-quase-18-em-um-ano-em-sp.ghtml>>, acessado em 14 de março de 2022.
- HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 72, 85.
- IPEA. *Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Organizador: André Gambier Campos. – Brasília: Ipea, 2018.
- KREIN, José Dari. *As relações de trabalho na era do neoliberalismo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2013.

- KREIN, José Dari; GIMENEZ, Dennis Maracci; DOS SANTOS, Anselmo Luis (orgs). *Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil*. Campinas, SP: Curt Niemundajú, 2018.
- KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. Companhia das Letras, 2019.
- LEITE, Roberto Basillone. *Ecologia do trabalho: a simbiose entre o direito do trabalho e o direito ambiental*. Rev. TST. Brasília, vol. 69, n.º 1, jan/jun, 2003.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Revista Arte & Ensaios, revista do PPGAV/EBA/UFRJ, n. 32, dezembro 2016.
- MOORE, Jason W. *Por uma teoria econômica além do antropocentrismo* (2020). Outras Palavras. Tradução: Eleutério Prado. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/para-superar-o-antropocentrismo-da-teoria-economica/>>, acessado em 14 de março de 2022.
- MOORE, Jason W. *Anthropocenes & the capitalocene alternative*. IN: Azimut, vol. 2017, n.º 9. Edizione di Storia e Letteratura, 2017.
- MPT; OIT. *Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho* (2021). Disponível em: <<https://smartlabbr.org/sst>>, acessado em 14 de março de 2022.
- OIT. *Empregos Verdes: Trabalho decente em um mundo sustentável e com baixas emissões de carbono*. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, 2008.
- OMS; OIT. *WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury, 2000-2016: Global Monitoring Report* (2021). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160412021002208utm_source=Klix.ba&utm_medium=Clanak>, acessado em 14 de março de 2022.
- OMS; OIT. *Quase 2 milhões de pessoas morrem por causas relacionadas ao trabalho por ano* (2021). Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/16-9-2021-omsoit-quase-2-milhoes-pessoas-morrem-por-causas-relacionadas-ao-trabalho-cada>>, acessado em 14 de março de 2022.
- PRT3. *Reparações trabalhistas para vítimas de Brumadinho estão garantidas em acordo firmado entre o MPT e a Vale S.A.* MPT/MG. (2019). Disponível em: <<https://www.prt3.mpt.mp.br/procuradorias/prt-belohorizonte/1183-reparacoes-trabalhistas-para-vitimas-de-brumadinho-estao-garantidas-em-acordo-firmado-entre-o-mpt-e-a-vale-s-a>>, acessado em 14 de março de 2022.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SOUZA, Felipe; João Fellet. *Brumadinho é o maior acidente de trabalho já registrado no Brasil*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47012091>>, acessado em 14 de março de 2022.
- RODRIGUES, Léo. *Estudo da Vale cita indenização por morte em 9,8 milhões* (2019). Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-02/estudo-da-vale-cita-indenizacao-por-morte-em-r-98-milhoes>>, acessado em 14 de março de 2022.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SINAIT. *Está disponível relatório da Fiscalização do Trabalho sobre rompimento da barragem da Vale em Brumadinho* (2019). Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho. Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/site/noticiaviewid=17345%2Festa+-disponivel+relatorio+da+fiscalizacao+do+trabalho+sobre+rompimento+da+barragem+da+vale+em+brumadinho>>, acessado em 14 de março de 2022.
- VALE. *Indenizações* (2021). Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/pt/aboutvale/servicosparacomunidade/minasgerais/atualizacoes_brumadinho/paginas/indenizacoes.aspx>, acessado em 14 de março de 2022.

Desafios materiais e processuais da Justiça do Trabalho na sociedade 4.0

Material and procedural challenges of Labor Justice in society 4.0

Emanuel Neves de Lima*

RESUMO: A sociedade contemporânea passa por uma nova adaptação nas relações de trabalho, decorrentes da inserção de elementos tecnológicos nos meios de produção. A Sociedade 4.0 ou 4ª Revolução Industrial, assim intitulada por Klaus Schwab¹, em razão das significantes alterações promovidas nas relações humanas pelas inteligências artificiais, impõe alterações na estrutura das relações de trabalho e no ordenamento jurídico. Diante desse dinamismo, surge para a Justiça do Trabalho novos desafios de ordem material e processual, a necessidade de flexibilização de clássicos institutos jurídicos com o fito de atender aos direitos fundamentais do trabalhador e a o devido processo legal. Pretende-se, mediante o uso do método de abordagem dedutivo, enfrentar, sem esgotamento, alguns dos desafios a serem superados pela Justiça Laboral nesta nova fase da humanidade, abordando conceitos históricos, problemáticas presentes e especulações sobre o futuro das relações de trabalho.

PALAVRAS-chave: Sociedade 4.0. Inteligências Artificiais. Relações de Trabalho. Flexibilização. Efetividade da Tutela Jurisdicional.

ABSTRACT: Contemporary society is undergoing a new adaptation in labor relations, resulting from the insertion of technological elements in the means of production. Society 4.0 or 4th Industrial Revolution, so named by Klaus Schwab¹, due to the significant changes promoted in human relationships by artificial intelligence, imposes changes in the structure of work relationships and in the legal system. In view of this dynamism, new challenges of a material and procedural nature arise for the Labor Court, the need for flexibility of classic legal institutes in order to meet the fundamental rights of the worker and due process of law. It is intended, through the use of the deductive approach method, to

face, without exhaustion, some of the challenges to be overcome by Labor Justice in this new phase of humanity, approaching historical concepts, present problems and speculations about the future of labor relations.

KEYWORDS: Society 4.0. Artificial Intelligences. Work relationships. Flexibilization. Effectiveness of Jurisdictional Guardianship.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Evolução das relações de trabalho; 3. Elementos da relação de emprego e a relativização da norma; 4. Meios telemáticos e flexibilização dos atos processuais; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, com o tema “Desafios Materiais e Processuais da Justiça do Trabalho na Sociedade 4.0”, trata de relevantes repercussões da integração da tecnologia da informação e utilização de inteligências artificiais nas relações de trabalhos no seio da Sociedade 4.0, qualificada pela prestação de serviços com foco na performance, atingimento de metas e fluidez no intercâmbio das informações.

Para tanto, será analisado no trabalho a evolução das relações de trabalho no tempo e no espaço, com foco nos desafios materiais e processuais do Poder Judiciário e da Justiça do Trabalho face aos anseios dessa nova sociedade, em que ao trabalhador não basta apenas ser *expert* no que realiza, mas também produzir com perfeição técnica e na menor unidade de tempo possível.

O trabalho se justifica pela necessidade de compreensão das relações de trabalho, em constante mutação face à inovações tecnológicas trazidas pela inserção de inteligências artificiais na execução de tarefas. Com a Revolução 4.0, os típicos elementos caracterizadores da relação de emprego (art. 3º/CLT), não raro, já não são mais suficientes para determinar com segurança jurídica o devido enquadramento do trabalhador como subordinado às normas celetistas.

A contribuição e pertinência da exposição se dar na medida em que a Consolidação das Leis

(*) Servidor da Justiça do Trabalho. Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Maurício de Nassau de Recife. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico. Endereço profissional: Fórum Maximiano Figueiredo – R. Aviador Mário Vieira de Melo, s/n – João Agripino, João Pessoa – PB, 58034-045. Endereço eletrônico: enlima@trt13.jus.br. Vinculado ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

1. Klaus Martin Schwab. Engenheiro. Nascido em 30 de março de 1938. Fundador do European Symposium of Management (1971), instituição posteriormente reconhecida como Fórum Econômico Mundial (1987).

Trabalhistas (CLT), promulgada em 01 de maio de 1943, é objeto, desde sua concepção, de várias alterações significativas no seu texto, e, mais especificamente nos últimos 10 anos, teve muitas das suas normas e bases principiológicas relativizadas como tentativa de contornar a situação e tentar amparar as novas modalidades de emprego (em sentido lato) advindas do avanço tecnológico, tais como a “uberização”.

Com essas considerações, foram formulados os seguintes problemas: quais as soluções materiais e processuais que a Justiça do Trabalho poderá adotar diante da evolução tecnológica e da constante evolução das relações de trabalho na sociedade? Quais os principais reflexos da Revolução 4.0 nas relações de trabalho e de que modo afeta o acesso à Jurisdição?

Diante dessas problemáticas, levanta-se as seguintes hipóteses: a) possibilidade de relativização das regras de direito material para a caracterização do vínculo de emprego e as suas consequências jurídicas; b) flexibilização da prática de atos processuais por intermédio dos meios telemáticos.

Mediante o uso do método de abordagem dedutivo, o presente artigo busca abordar, sem possibilidade de esgotamento, alguns dos desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário e a Justiça do Trabalho face à Sociedade 4.0, sob uma ótica material e processual. Para tanto, se utilizará da técnica de pesquisa indireta, eminentemente bibliográfica e jurisprudencial, além da consulta à lei, sentenças, acórdãos, decisões dos Tribunais Superiores e resoluções dos órgãos competentes, todos colacionados no decorrer do trabalho.

Com a ponderação dos princípios vetores da relação laboral e do respeito à garantia do devido processo legal, chegar-se-á à conclusão da necessidade de adoção de uma nova visão das relações de trabalho pela Justiça do Trabalho, impulsionada pela implantação de inteligências artificiais e a necessidade de flexibilização de determinados institutos então enraizados, como condição para a prática de atos processuais pelos meios telemáticos, cuja confiabilidade e integridade poderá ser certificados sem prejuízo às garantias do devido processo legal.

2. EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

As relações de trabalho como conhecidas atualmente, traçadas pela hierarquia entre empregado e empregador e a existência de uma subordinação desconectada da ideia de servidão, remontam ao

tempo da 1ª Revolução Industrial, a qual perdurou por volta dos anos de 1760 a 1850 (Século XVII), com o surgimento da mecanização, energia a vapor e dos teares de tecelagem.

Para Delgado (2017, p.92), a subordinação jurídica se constitui no elemento nuclear das relações de trabalho surgidas com o advento da 1ª Revolução Industrial:

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da Revolução Industrial é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos. (2017, 16ª edição, pag. 92).

Segundo o mesmo autor (Ibid., p. 92), o Direito do Trabalho surgiu na Inglaterra não apenas para servir o novo modelo econômico deflagrado, mas sobretudo como limitador dos abusos na utilização dessa nova da força de trabalho:

[...] o Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia. (2017, 16ª edição, pag. 92)

Com a popularização da energia elétrica e a concepção de meios de produção racionais, tais como o ‘Fordismo’ e o “Taylorismo”², adotados pelas emergentes indústrias automobilísticas ascendentes do Século XIX, surgem os pilares da 2ª Revolução Industrial (1850 a 1945), caracterizada pela necessidade de racionalização das tarefas em linhas de produção e na contratação de mão de obra especializada em tarefas específicas. O foco era o aumento da produção e maximização dos lucros.

2. Termos criados por Henry Ford e Frederick Taylor, respectivamente, referem-se aos novos modelos de produção em massa e gestão, idealizados no final do Século XIX e início do Século XX.

Anos após, a utilização da criptografia nas mensagens trocadas pelos alemães na Segunda Guerra Mundial impulsionaram a necessidade de invenção do primeiro computador, criado pelo matemático Alan Turing (1912-1954)³. Tal invento traçou novos contornos para o processamento de dados e a produção de produtos e serviços, e é reconhecido como marco da 3ª Revolução Industrial. A partir de então, na década de 90, com a popularização do computador pessoal e da possibilidade de acesso à internet, os microcomputadores passaram a ser o principal meio para obtenção de conteúdo e comunicação, sem limites geográficos.

A tecnologia passou a cada vez mais integrar o dia o dia da humanidade, interferindo nas formas como as pessoas se relacionam, o que inclui as relações de trabalho. O físico e o digital transpuseram as suas barreiras e as inteligências artificiais foram introduzidas em praticamente todos os níveis de interação. Surge uma fluidez entre essas esferas, em que já não é mais tarefa fácil distinguir o que é digital e o que é real. Relacionamentos amorosos, entretenimento e as relações de trabalho se tornam indissociáveis dos meios digitais.

É o que Schwab (2016, p. 16), diretor e fundador do Fórum Econômico Mundial define como 4ª Revolução Industrial ou Sociedade 4.0:

Atualmente, enfrentamos uma grande diversidade de desafios fascinantes; entre eles, o mais intenso e importante é o entendimento e a modelagem da nova revolução tecnológica, a qual implica nada menos que a transformação de toda a humanidade. Estamos no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, escopo e complexidade, a quarta revolução industrial é algo que considero diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade.

Esse é o novo modelo de sociedade que se estabelece com a 4ª Revolução Industrial, em que as tecnologias até então conquistadas se integram e passam, a partir da utilização de inteligências artificiais, a estabelecer novos paradigmas de interação entre o meio físico e o digital, cujos reflexos repercutem indissociavelmente nos meios de aprendizagem, interação e produção, com a imposição de uma readequação e flexibilização das relações de trabalho como até então conhecidas.

3. ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A RELATIVIZAÇÃO DA NORMA

A competência para processamento e julgamento das causas envolvendo as relações empregatícias foi atribuída à Justiça do Trabalho pela Constituição Federal de 1988 desde a sua promulgação. A relação de emprego consiste em umas das diversas espécies do gênero relação de trabalho e encontra regulamentação no ordenamento jurídico na Consolidação da Leis do Trabalho (CLT).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe em seu bojo uma série de mudanças na estrutura do Poder Judiciário, dentre elas a ampliação da competência jurisdicional da Justiça do Trabalho, outorgando-lhe, desta feita, não só o processamento e julgamento das relações de emprego *stricto sensu*, como também das relações de trabalho em sentido lato. A exceção ficou em relação aos servidores públicos estatutários, a quem a competência é atribuída a Justiça Comum, Federal ou Estadual, a depender da esfera de atuação.

Assim, para que cumpra o seu mister e se faça a devida aplicação do direito, ao magistrado do trabalho é necessária uma análise detida quanto à presença, ou não, de todos os elementos caracterizadores da relação de emprego, previstos nos artigos 2º, caput, e 3º da CLT: A tarefa não é considerada fácil, pois as nuances que circundam as variadas espécies de relação de trabalho, diferenciadas por elementos mínimos, tal como ocorre com a classe das domésticas e dos rurais, e, em especial, com as novas profissões da Sociedade 4.0 – como a “uberização”, nem sempre estão tão bem claras, causando dúvidas ao julgador e insegurança jurídica ao trabalhador.

De acordo com os artigos 2º e 3º da CLT, os elementos da relação de emprego se encontram assim disciplinados na CLT:

Art. 2º – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º – Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943)

A relação de emprego, segundo a norma celetista, então pode ser descrita como todo vínculo jurídico formado entre empregado e empregador, mediante um contrato de prestação de serviços

3. Alan Mathison Turing, britânico, considerado o pai da ciência da computação e do conceito de algoritmo computacional. Cometeu suicídio após ser condenado ao tratamento hormonal feminino e castração química.

formalizado, ou não, em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), sob o qual o trabalhador, sempre pessoa física, dispõe de sua força laborativa em prol de determinada atividade econômica, enquanto que o empregador, com o poder diretivo, o remunera correndo os riscos da atividade (alteridade) e desde que presentes os elementos da pessoalidade, subordinação jurídica, onerosidade e não eventualidade.

Em síntese, sem adentrar no conceito doutrinário, são, portanto, sete os elementos necessários para a declaração de um vínculo laboral como uma típica relação de emprego: a) alteridade/risco do empreendimento; b) poder diretivo; c) trabalho prestado por pessoa física; d) pessoalidade; e) subordinação jurídica; f) onerosidade; g) não eventualidade. A ausência de qualquer um deles, segundo a doutrina e a jurisprudência sedimentada, descaracteriza a relação de emprego *stricto sensu*.

Não obstante, a nova dinâmica que circunda as relações pessoais e trabalhistas na Sociedade 4.0, em incessante mutação e de variáveis infinitas, apresenta ao legislador e à Justiça do Trabalho o desafio de como classificar as novas relações de trabalho que emergem nesta nova sociedade, com características próprias e uma premente necessidade de flexibilização dos elementos da relação de emprego como até então conhecidos. Indaga-se, como garantir a esses trabalhadores a cobertura trabalhista e previdenciária pelo Estado, caso um dos típicos elementos da relação de emprego não seja reconhecido?

O tema, que não é pacífico na doutrina e jurisprudência e impõe aos magistrados certa dificuldade na análise dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego previstos no art. 2º e 3º da CLT, já chegou ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) em caso envolvendo o enquadramento dos motoristas de aplicativo (Uber) como prestadores de serviço de natureza cível ou trabalhista, e o entendimento firmado na ocasião, por julgamento do Recurso de Revista (RR) nº 1000123-89.2017.5.02.0038, foi no sentido de que a ausência de subordinação e a presença de lucratividade em percentual superior ao de uma relação empregatícia descaracterizariam o vínculo

Nesse sentido, segue ementa do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. EM RAZÃO DE PROVÁVEL CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA AO ART. 3º, DA CLT, DÁ-SE PROVIMENTO

AO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contempla elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar off line, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. TST; RR 1000123-89.2017.5.02.0038; Quinta Turma; Rel. Min. Breno Medeiros; DEJT 07/02/2020; Pág. 3030)

Todavia, como dito, a matéria não é pacífica. Há recentes decisões em que se reconhece o vínculo empregatício entre os motoristas de aplicativo e a empresa UBER. Cita-se, por exemplo, a sentença exarada nos autos do Processo nº 0011594-77.2017.5.15.0032, em que foi reconhecido, diante das circunstâncias fáticas, o vínculo de emprego e

a condenação ao pagamento de verbas típicas desta relação, tais como aviso prévio, adicional de horas extras, férias + 1/3, FGTS e multa de 40% (BRASIL, Rodrigues, 2019).

A decisão foi objeto de Recurso Ordinário, contudo não chegou a ser apreciada por uma das turmas do regional em razão da homologação de acordo entabulado espontaneamente entre as partes. O fato é que, ainda que o acordo judicial não importe em presunção de reconhecimento do direito, há uma premente necessidade de reflexão e maior cautela dos magistrados na apreciação dos pedidos relacionados ao reconhecimento de vínculo nestas novas modalidades de trabalho.

Dessa forma, a flexibilização das normas trabalhistas converge num sentido de readequação dos dogmas enraizados no ordenamento jurídico face às essas novas necessidades da realidade social, seja através da confrontação objetiva dos elementos de prova perante os pressupostos fáticos, seja pela relativização dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego. De um forma ou de outra, aliado ao princípio da primazia da realidade sobre a forma, caberá ao órgão julgador a ponderação, para que não haja a banalização do instituto.

Enquanto o Poder Legislativo é omissos em seu poder-dever de constitucional de regulamentar essas novas espécies de relação de trabalho, caberá ao Judiciário, em sua função jurisdicional constitucional ativa, dentro do limites da separação de poderes, discutir e ponderar a aplicação de institutos jurídicos trabalhista já previstos no ordenamento jurídico de forma a promover o amparo social e os direitos fundamentais do trabalhador, em especial o respeito a sua dignidade humana.

Assim, o dinamismo e historicidade do direito apontam, por conseguinte, que as normas trabalhistas, dentro dos limites constitucionais e legais, deverão ser flexibilizadas e readequadas às necessidades e características desta nova geração de empregados que emerge na Sociedade 4.0, que têm, dentre uns dos seus traços marcantes, a desnecessidade da presença da pessoa física do empregado e a relativização da subordinação jurídica nos moldes até então concebidos.

Nas palavras de Machado Neto (1984, p.412), "Norma social que é, o direito não surge à toa na sociedade, mas para satisfazer as imprescindíveis urgências da vida. Ele é fruto das necessidades sociais e existe para satisfazê-las, evitando, assim a desorganização."

Logo, a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador previstos nas normas de saúde, segurança e previdência social não podem ser absolutamente afastadas em razão da imprevisibilidade e impossibilidade do legislador em acompanhar e disciplinar todas as formas de relação de trabalho emergentes da Sociedade 4.0. Embora haja uma margem de insegurança jurídica decorrente da flexibilização da norma trabalhista, a sua positivação, por limitadora, não pode servir de óbice de acesso aos direitos fundamentais e, sobretudo, à jurisdição por aqueles que ao Judiciário se socorre, sob pena de ser tornar inócuo e desnecessário o Estado Democrático de Direito.

4. MEIOS TELEMÁTICOS E FLEXIBILIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

A inserção de inteligências artificiais nos mais diversos tipos de atividades econômicas e sociais é fato irreversível da Sociedade 4.0 e se apresenta como um dos elementos da nova dinâmica das relações de trabalho e consumo. Diante desse cenário, para uma adequada prestação da tutela jurisdicional, surge, para a Justiça do Trabalho e demais ramos do Poder Judiciário, a necessidade e o desafio de se adequar aos novos anseios dessa sociedade, tanto na ordem material, como na ordem processual.

Da mesma forma como nas relações de trabalho privadas, a figura da presença física do juiz, advogados e demais partes atuantes da relação processual já não se faz mais, via de regra, imprescindível para a prática dos atos processuais. Diante desse novo horizonte, novos desafios são apresentados ao Judiciário, seja na elaboração de uma infraestrutura tecnológica eficiente, com a aquisição de softwares e equipamentos de última geração, seja na regulamentação da prática desses atos que, não raro, necessitam de uma certa flexibilização para a sua prática, colocando em questionamento o respeito a certas garantias do devido processo legal.

Como exemplo de integração da tecnologia na gestão judiciária, pode ser citada a projeção do *software* "Bem-te-Vi, programa responsável pelo gerenciamento de processos judiciais no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual, dentre outras funcionalidades, permite o controle de processos por tema e, de forma inovadora, a análise da tempestividade dos recursos. Tal inovação tecnológica, baseada na sinalização dos possíveis processos intempestivos, é capaz de dispensar uma leitura integral dos autos pelos magistrados e servidores,

contribuindo com a celeridade da prestação jurisdicional. (NOTÍCIAS TST, 2019)

Por inovador, é de se destacar, também, o trabalho realizado pela Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Egrégio Tribunal de Justiça do Pernambuco (TJ/PE), cujo grupo foi responsável, em 2019, pela programação do software “Elis”. A inteligência artificial é capaz de executar a triagem inicial das execuções fiscais, dispensando os Servidores e Juízes da realização de tarefas tipicamente repetitivas e que dispensam a cognição humana para a sua execução. Estima-se que “Elis” execute, em apenas 15 dias, o serviço que 11 dedicados servidores levariam 01 ano para concluir (CASTRO, 2019).

A Juíza e Coordenadora de Governança das Execuções Fiscais em Pernambuco, Dra. Ana Luiza Câmara, assim se posiciona em relação à introdução da nova tecnológica na tramitação processual das execuções fiscais:

Ela poupa o servidor e o magistrado de fazerem um trabalho repetitivo, muitas vezes até automatizado mesmo. Ela já faz a triagem, seleciona e assina automaticamente. Isso permite que o servidor se dedique a atividades mais desafiadoras dentro do Judiciário. É uma excelente ferramenta de auxílio e ajuda (CÂMARA, 2019?, apud CASTRO, 2019)

Tais dados revelam ao Poder Judiciário como um todo a importância e a necessidade de fomento na elaboração de instrumentos tecnológicos como meio para a solução da demora na prestação da tutela jurisdicional e adequação da máquina judiciária aos novos contornos da Sociedade 4.0, marcada pela eficiência e o dinamismo. É notório e incontestável que a integração da tecnologia na tramitação dos processos judiciais é caminho sem volta.

Desde a adesão da Justiça do Trabalho ao Processo Judicial Eletrônico (PJE) em 29 de março de 2010, por ocasião da celebração do Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 51/2010⁴, não se cogita mais na utilização de processos em meios físicos. Inclusive houve determinação recente da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho no sentido da migração total de todos os processos físicos até o dia 31 de maio de 2020, meta que, entretanto, ainda não foi atingida por todos os tribunais. (CONSULTOR JURÍDICO, 2020).

No âmbito internacional, a Estônia pode ser citada como vanguardista na utilização de inteligência artificiais na prestação de serviços públicos. Estima-se que só com a utilização de inteligências artificiais nos serviços de verificação de propriedades rurais beneficiárias de subsídios, o governo tenha economizado cerca de € 665 mil (seiscentos e sessenta e cinco mil euros). Não satisfeito, o país está desenvolvendo um “robô juiz” que será responsável pela análise de lides envolvendo menos de sete mil euros, sem o prejuízo revisão do ato por um Juiz humano. O escopo é diminuir a necessidade de envolvimento de Juízes e Servidores em processos de baixa complexidade. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019).

À vista desse avanço tecnológico, a imprescindibilidade dos seres humanos para a prestação da tutela jurisdicional é questionada. Poderiam as lides serem resolvidas por inteligências artificiais totalmente imparciais e inteiramente conhecedoras do ordenamento jurídico, aptas a aplicar o direito de acordo com os fatos apresentados? Até que limites os atos processuais poderiam ser praticados através desses meios tecnológicos, sem que sejam afetadas as garantias constitucionais do devido processo legal? A cognição humana dos servidores e magistrados seria desnecessária para a prática dos atos processuais?

A um primeiro momento, a ideia de substituição do ser humano por máquinas pode parecer viável. Muito se discute em relação à imparcialidade dos julgadores ou até mesmo da impossibilidade humana de se conhecer todas as normas, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais aplicáveis a determinado caso. Entretanto, a realidade é que, no presente estágio tecnológico, as inteligências artificiais, por mais automatizadas e interligadas que estejam, não podem fazer substituir o homem em seu maior atributo: a cognição.

A aplicação do Direito Material não se limita à simples subsunção do fato à norma. Nem sempre a norma jurídica é justa e efetiva, e não raro é carecedora de legitimidade e fim social. Um mesmo fato jurídico pode ser interpretado por diversos ângulos de acordo com a percepção do órgão julgador e a tendência da época, ainda mais quando se confrontam conceitos jurídicos indeterminados e elementos fáticos-probatórios, presentes de forma robusta na lides trabalhistas.

Sabe-se que as normas jurídicas positivadas não são suficientes para disciplinar todas as relações jurídicas existentes, e diferente não seria com as novas profissões que emergem na Sociedade 4.0.

4. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/30276/2010_extr_termo_coop_tecnica_cnj_tst_csjt_TEXTO_COMPLETO.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. de 2020.

O que a prática forense demonstra é a impossibilidade, sobretudo no âmbito da Justiça do Trabalho, em que o contato com a prova oral é imperioso, de se reconhecer que uma inteligência artificial, por mais imparcial e precisa que seja, possa substituir a figura humana do Estado-Juiz na solução das lides.

Quanto ao direito adjetivo e à integração dos meios telemáticos na prática dos atos processuais, pode-se afirmar que a utilização dessas inteligências artificiais, na última década, encontra uma certa harmonia com as garantias constitucionais do devido processo legal. Tal equilíbrio, contudo, foi colocado em dúvida em virtude do atual de estado de calamidade pública decretado pelo Governo Federal⁵, em combate à pandemia do COVID-19, e a necessidade de utilização dessas tecnologias como forma contornar as limitações técnicas advindas.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), em alinhamento com as Resoluções nº 313 e 314/2020⁶ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), suspendeu a prestação de todos os serviços presenciais nos primeiros e segundos graus de jurisdição, o que restou por impossibilitar a realização de audiência presenciais e a prática de atos processuais que necessitavam da presença física de magistrados e servidores, tais como o fornecimento de alvarás em balcão e a expedição de citações pelos CORREIOS.

Reconhecedores da essencialidade da prestação da tutela jurisdicional e das impossibilidades técnicas e físicas impostas pelas autoridades sanitárias para a contenção do vírus, os Tribunais Regionais do Trabalho, com a valorosa colaboração dos magistrados e servidores da Justiça do Trabalho, em consonância com o CNJ e CSJT, disciplinaram a prática de atos processuais até então necessariamente presenciais pelos meios telemáticos, o que possibilitou, por conseguinte, em que pese reconhecidas as dificuldades operacionais, a realização de audiências virtuais.

A prática dessas audiências logo foi objeto de diversos questionamentos e críticas no âmbito jurídico. Renomados juristas e a classe dos advogados alegaram de pronto a maculação de garantias constitucionais do devido processo legal, tal como a possibilidade de contaminação da prova testemunhal mediante

vícios de manifestação da vontade e o cerceio da ampla atuação do advogado. Também foi objeto de críticas a impossibilidade dos órgãos julgadores constatarem a manifestação de tais vícios, já que ausente o contato visual direto com a prova oral.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi instado a se manifestar sobre o tema pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que requereu, em ofício⁷, a padronização dos procedimentos no sentido de que a realização das audiências de instrução, com a oitiva de testemunha, ficassem condicionadas à prévia concordância das partes interessadas na segurança da produção da prova e ao respeito das garantias do pleno exercício da defesa e da atuação dos advogados.

A manifestação do órgão de controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, exarada nos autos do Controle Administrativo nº 0002818-51.2020.2.00.0000, foi no sentido de que as audiências por videoconferência devem seguir os parâmetros estabelecidos nas normas aprovadas pelo CNJ durante o período de pandemia do COVID-19, as quais garantem o respeito ao pleno exercício do direito de defesa das partes e dos meios de ampla atuação do advogado. Para o órgão, a situação é excepcional e os Tribunais deverão viabilizar salas virtuais e o meios necessários para a realização das audiências e julgamentos, inclusive com a possibilidade de sustentação oral. (NOTÍCIAS CNJ, 2020)

Segundo o voto do Ministro relator do procedimento administrativo, “o inédito isolamento social enfrentado pelo País impôs ao Judiciário o desafio de entregar a prestação jurisdicional por meio remoto, mesmo em relação às causas que, ordinariamente, seriam examinadas de forma presencial” (PEREIRA, apud NOTÍCIAS CNJ, 2020).

Assim, resta evidente a necessidade de flexibilização, em especial no atual estágio pandêmico, da prática de atos processuais que até então eram realizados, necessariamente, de forma presencial. A integração de inteligências artificiais e a utilização dos meios telemáticos na execução dos atos processuais apontam para um caminho sem volta, em que cada vez mais as partes e advogados utilizarão desses instrumentos. Por outro viés, a flexibilização de parte das garantias do devido processo legal como o conhecemos se impõe como contrapeso a esses benefícios.

5. Decreto Legislativo nº 06/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 29 jul. de 2020.

6. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/>. Acesso em: 29 jul. de 2020.

7. Ofício nº 339/2020-GPR. Disponível em: <<http://s.oab.org.br/arquivos/2020/05/87f89632-5891-4d68-bd7a-993895a30672.pdf>>. Acesso em: 29 jul. de 2020

O fato é que, a favor ou contra sua utilização, as inteligências artificiais já são grandes aliadas do Poder Judiciário na concretização de importantes princípios constitucionais, tais como a ampla publicidade dos atos processuais e o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa. A segurança jurídica também se destaca, pois os atos são imediatamente registrados e publicados aos interessados, com a garantia da imutabilidade e da não eliminação provas.

Não há mais de se falar aos Serventuários da Justiça, salvo em processos físicos em extinção, em autuação de peças e numeração de folhas, ou até mesmo em procedimentos de carga. Tais tarefas, de natureza nitidamente automatizada, exigiam dos servidores uma considerável perda mão de obra, onerosamente custeada pelo Estado, e que agora pode ser empreendida em outras atividades produtivas que exijam a cognição intelectual, o que beneficia, sem dúvidas, na celeridade e na efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Para a classe dos advogados, os benefícios também são inegáveis. Desnecessária é a consulta diária às publicações oficiais nos Diários de Justiça Eletrônicos, pois as inteligências artificiais são capazes de comunicar diretamente ao causídico sobre a existência de intimações direcionadas ao seu nome ou número de inscrição na OAB. Peticionar já não exige uma atividade repetitiva, pois uma simples busca em um banco de petições, indexado por um *software*, é capaz de remeter a diversos modelos de petição selecionados por tema, restando ao causídico a cognição de adequar o modelo às necessidades do caso.

Logo, por mais desesperador que pareça em um primeiro momento a ideia de que o ser humano esteja sendo gradativamente substituído pelas inteligências artificiais, a realidade é que, no presente estágio das coisas, a integração dessas tecnologias ao dia a dia da prática forense não dispensará a necessidade de utilização da força de trabalho de magistrados, servidores e advogados.

A prestação da tutela jurisdicional exige mais do que a simples subsunção do fato à norma, e é justamente na capacidade da cognição humana que reside o direito e a justiça. De maneira oposta, caso melhor compreendidas e empregadas, as inteligências artificiais poderão ser grandes aliadas para a melhoria dos serviços públicos e a efetiva prestação da tutela jurisdicional. As relações de trabalho e a atividade jurisdicional, como um todo, trilham um caminho sem volta em que a força de trabalho humana estará necessariamente ligada à execução de tarefas que exijam, sobretudo, a cognição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história nos demonstra que as relações sociais, dentre elas a do trabalho, sofrem contantes mutações diante do contexto de evolução humana. A 1ª Primeira Revolução Industrial veio para romper com os antigos paradigmas de escravidão e servidão e fez surgir uma nova força de trabalho, desta feita subordinada aos meios de produção, mediante uma contraprestação pecuniária. A 2ª Revolução Industrial, por seu turno, com o crescimento das indústrias automobilísticas, veio para quebrar com os antigos métodos de fabricação e implementar as linhas de produção, cuja racionalização no tempo e a maximização dos lucros possibilitou o acesso a produtos e serviços em larga escala.

O crescimento populacional do planeta no Século XX e os conflitos de interesse das grandes potências mundiais em estabelecer a sua hegemonia econômica e militar, culminaram, em plena Segunda Guerra Mundial, com a criação do primeiro computador pelo britânico e Matemático Alan Turing, que veio a ser popularizado na década de 90, com o acesso à rede mundial de computadores. A partir de então, as tecnologias da informação e inclusão das inteligências artificiais na execução de tarefas do dia a dia do ser humano passou indissociável, sendo definida por Klaus Schwab como 4ª Revolução Industrial ou Sociedade 4.0.

O avanço tecnológico e o dinamismo das relações sociais e trabalhistas deste novo modelo de sociedade impuseram ao Poder Judiciário relevantes desafios, tanto de ordem estrutural, com o investimento em tecnologias e elaboração de softwares, quanto na aplicação do direito material e processual. Distinguir as diversas modalidades de relação de trabalho não é tarefa fácil para o órgão julgador, pois as nuances distintivas da relação de emprego como até então positivadas na CLT nem sempre estão bem claras na relação jurídica, o que impõe ao Judiciário o exercício da sua função jurisdicional constitucional ativa, de forma a promover o amparo social do trabalhador o respeito à sua dignidade humana.

É sabido que a utilização de inteligências artificiais na gestão de processos e prática de atos processuais de muito já contribuiu com os membros do Poder Judiciário, advogados e serventuários da justiça na execução de suas atividades para a prestação da tutela jurisdicional. A tecnologia da informação, no atual estado de calamidade imposto pela pandemia do COVID-19, vem se demonstrando de grande valia para que não haja a solução de continuidade

das atividades presenciais desse serviço público essencial.

Embora se discuta prejuízo às garantias constitucionais do devido processo legal e o temor de que o ser humano seja substituído integralmente por essas inteligências artificiais, é de se destacar que os benefícios advindos, ainda mais no caráter excepcional vivenciado, são imensuravelmente superiores aos alegados prejuízos. É certo que muitas das tarefas até então conhecidas serão executadas por máquinas, como inclusive já ocorrera em outras profissões. Mas também é certo que outras profissionais e relações trabalhistas surgirão, cabendo ao ser humano se adequar a sua nova realidade.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452/1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Publicada em DOU do dia 01 de mai. de 1965. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional da 15ª Região. 2ª Vara do Trabalho de Campina. *Reclamação Trabalhista nº 0011594-77.2017.5.15.0032*. Juiz Bruno da Costa Rodrigues. Publicado no DEJT em: 15 de abr. de 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quinta Turma. *Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038*. Rel. Breno Medeiros. Publicado no DEJT em: 07 de fev. de 2020.
- CASTRO, Beatriz. *Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos*. Portal Globo.com, [S.I], 04 de mai de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghml>>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.
- CONSULTOR JURÍDICO. *TRTs devem concluir até maio migração de processos físicos para meio digital*. Conjur, [S.I], 14 de mar. de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/trts-concluir-maio-migracao-processos-pje>>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2017.
- ÉPOCA NEGÓCIOS. Estônia quer substituir os juízes por robôs. Revista Época, [S.I], 04 de abr. de 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.
- MACHADO NETO, Antônio Luiz . *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NOTÍCIAS CNJ. *Com participação de advogados, Justiça deve manter julgamentos virtuais*. Brasília, 01 de jul. de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/com-participacao-de-advogados-justica-deve-manter-julgamentos-virtuais/>>. Acesso em 29 de jul. de 2020.
- NOTÍCIAS TST. *Inteligência artificial traz melhorias inovadoras para tramitação de processos no TST*. Brasília, 06 de mai. de 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/inteligencia-artificial-traz-melhorias-inovadoras-para-tramitacao-de-processos-no-tst>. Acesso em: 29 de jul. de 2020.
- SCHAWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Traduzido por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Poder Judiciário, acesso à justiça e equidade

Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

Vilma Leite Machado Amorim**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A atuação do CNJ na promoção da equidade e da democratização do acesso à Justiça. 2.1. O acesso à Justiça e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação. 2.2. A democratização do acesso à Justiça enquanto instrumento de materialização dos direitos fundamentais. 2.3 A atuação do CNJ para a concretização do acesso à Justiça pela promoção da equidade. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa a discutir a inserção da temática da diversidade enquanto instrumento de acesso à Justiça. Busca-se demonstrar como o referido Órgão tem pautado a promoção da equidade, quais as medidas adotadas para efetivo e eficaz no combate à discriminação, fruto das desigualdades históricas e concretas, que, infelizmente, geram exclusão e ainda são marcantes nos diversos segmentos da sociedade, inclusive no Sistema Judiciário, considerando suas interseccionalidades.

O texto apresenta inicialmente os direitos fundamentais e princípios constitucionais basilares da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação. Na segunda parte, apresenta a democratização do acesso à Justiça, enquanto instrumento de materialização dos direitos fundamentais. Na terceira, estuda a atuação do CNJ na promoção do acesso à Justiça, com base no seu Regimento Interno, Comissões, em especial as Permanentes de Democratização do Acesso à Justiça, a da Agenda 2030 e seus Objetivos de Desenvoltimentos Sustentáveis (ODS), bem como a dos Direitos do Cidadão e Grupos de

Trabalho. Ao final, são apresentadas algumas proposições conclusivas.

2. A ATUAÇÃO DO CNJ NA PROMOÇÃO DA EQUIDADE E DA DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

2.1. O acesso à Justiça e os princípios da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação

Inicialmente, cabe esclarecer que nem todos os doutrinadores fazem uso da mesma terminologia “direitos fundamentais”, para se referir à gama de direitos mínimos assegurada às pessoas. Há quem utilize as denominações “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos humanos fundamentais”, entre outras.

Os direitos humanos surgem das lutas de classes sociais e, enquanto processo, buscam a defesa dos bens necessários à vida, à dignidade da pessoa humana (FLORES, 2008, p.103). Os direitos fundamentais se referem àqueles direitos do ser humano “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto os direitos humanos seriam aqueles direitos reconhecidos ao ser humano, para todos os povos e tempos, dado seu caráter supranacional, independentemente da ordem constitucional de um país, mas por estarem positivados na ordem internacional possui validade universal, nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.29).

Alexandre de Moraes (2020) define a dignidade da pessoa humana como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Nessa trilha, Flores (2009, p.37) chama-nos a atenção ao falar de dignidade humana, asseverando que não basta fazê-lo a partir do plano formal. Essa tem fim material e se efetiva no acesso igualitário e generalizado aos bens que tornam a

(*) Juíza do Trabalho. Doutora em Direito Público pela UFBA. Pós Doutora em Direito do Trabalho pela UFBA. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Tiradentes e Universidade Federal de Sergipe. Acadêmica titular da cadeira 67 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Conselheira do CNJ no biênio 2020/2022.

(**) Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Mestre pela Universidade Federal de Sergipe, Membro do Ministério Público da União, ramo do Trabalho (1996-2018). Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (2018-atual).

vida digna de ser vivida. É dizer, a dignidade humana enquanto prescrita no plano formal, na constituição, nas leis, nos regramentos é importante, mas é necessária a sua materialização e concretização para o cumprimento do disposto no mandamento constitucional.

No Brasil, somente com a consolidação do regime democrático e o advento da Constituição da República de 1988, a dignidade humana passou a ser valor essencial do Estado Democrático de Direito, pois foi elevada a princípio norteador e basilar do texto constitucional, “um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional o país”, conforme leciona Flávia Piovesan (2019, p.34).

Por força do que dispõe o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, a pessoa humana passou a ser o epicentro do Estado Democrático de Direito e a dignidade humana é um dos seus princípios estruturantes, nos ensinamentos de Arion Sayão Romita (2012, p.277), vez que essa se impõe, não só nas relações entre o Estado e o particular, como também nas relações particular/particular, por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, a constitucionalização desse direito trouxe ao centro do universo jurídico e político a urgente necessidade de vislumbrar a dignidade humana também com fim material.

A Carta Cidadã de 1988 também impõe a igualdade enquanto princípio e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Daí decorre a necessidade de promoção e proteção dos direitos humanos de todas as pessoas, em igualdade de oportunidades e de condições, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, orientação sexual ou quaisquer outras formas de discriminação.

A Convenção nº 111, ratificada pelo Brasil no ano de 1968, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e cristalizada no Decreto nº 62.150/1968, é um marco histórico, pois além de fundamentar o conceito de discriminação como sendo exclusão, distinção ou preferência, é tida, ainda hoje, como a mais importante norma internacional para o âmbito das relações de trabalho e emprego, não só por ter sido a primeira do gênero, mas também porque vigente e seu reflexos nas legislações que visam a combater toda forma de discriminação.

Não menos importante é a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, aprovada pela Organização das

Nações Unidas (ONU), em 1979, ratificação no plano internacional em 03 de setembro de 1981. No Brasil, a Convenção da ONU foi promulgada, inicialmente, pelo Decreto Legislativo nº 93, de 1983, e, posteriormente, pelo Decreto nº 4.377, de 2002.

A União Europeia tratou do assunto em sua Constituição, determinando igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração, conforme disposto no artigo II-83.

Vale mencionar, também, a Declaração Socio-laboral do Mercosul, de 1998, que, nos seus primeiros artigos, cuida da não-discriminação e garante a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes.

Nota-se, portanto, que o arcabouço jurídico, inclusive o interno, possuiu normas protetivas, de ordem pública, lastreadas no fenômeno da constitucionalização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação. Sem embargos, o grande número de denúncias, ações judiciais, termos de ajuste de conduta, firmados perante o Ministério Público do Trabalho e dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o surgimentos de inúmeras políticas públicas sobre o tema demonstram que a discriminação nas suas mais diversas formas.

2.2. A democratização do acesso à Justiça enquanto instrumento de materialização dos direitos fundamentais

Atualmente, o acesso à Justiça é considerado direito fundamental¹ do ser humano, reconhecido pelas declarações de Direitos Humanos, a exemplo da Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica) e da Convenção Europeia. Esse direito compreende não somente o acesso ao Poder Judiciário, mas sobretudo a tutela jurisdicional, com tempo de duração razoável, eficiente e efetiva, para

1. Constituição da República de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso XXXV, inserido rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à Justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

que não somente solucione, mas também pacifique o conflito (REBOUÇAS, 2010), não se limitando aos jurisdicionados, mas também aos demais atores, como advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, por exemplo. (ECONOMIDES, 1999, p.62).

Mas nem sempre foi assim. Durante os séculos XVIII e XIX, a conceituação europeia de acesso à Justiça esteve relacionada a uma ideia individual da tutela dos direitos, resumindo-se à propositura ou à contestação de um determinado litígio. Sendo assim, o acesso à Justiça se tratava de um direito natural e que não precisava de ações positivas do Estado para a sua proteção.

Muitos são os desafios que dificultam o amplo acesso à Justiça, dentre eles o alto índice de litigiosidade, o demandismo judiciário, a morosidade processual e as restrições orçamentárias, que juntos geram a chamada crise numérica de processos judiciais. (MANCUSO, 2011, p.22-24)

Fatores históricos e sociais contribuíram para evolução das práticas atuais. De acordo com Boaventura de Souza Santos (2007, p.12), nas décadas de 1970 e 1980, a força normativa do legislativo e o império do executivo condicionavam a tomada de decisões e, conseqüentemente, a procura ao poder judiciário.

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, surge a necessidade de um sistema judiciário garantidor e protagonista, responsável por tutelar, diretamente, as duas searas jurídicas, a particular e a pública, garantindo segurança e estabilidade aos negócios jurídicos, bem como o combate à precarização dos direitos econômicos e sociais. Além disso, amplia-se a legitimidade para ações diretas de inconstitucionalidade, a atuação judicial do Sindicatos e do Ministério Público, por meio de ações coletivas que corroboraram para a Reforma do Judiciário², ocorrida em 2004.

Junto com a redemocratização do sistema jurisdicional, surge um conceito inovador de acesso à Justiça, ligado à igualdade, aos direitos sociais e humanos, o qual abrange não apenas os direitos basilares do cidadão, mas também a promoção da inclusão no sistema jurídico nacional – que muitas vezes,

dão provimento a diversas tutelas em que o Estado deveria atuar na resolução de conflitos.

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 10) o conceito contemporâneo de acesso à Justiça, em face de suas novas abordagens, sofreu ampliações e alterações consideráveis, no intuito de buscar uma solução relativamente justa, em tempo razoável e efetiva, capaz de atender as necessidades dos cidadãos.

Concretização da equidade não é sinônimo de erradicação das diferenças. Pelo contrário, o princípio constitucional da isonomia busca tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isto porque o acesso à Justiça àquele que dispõe de recursos econômicos e informacionais suficientes é efetivado de maneira distinta ao que não provém dos mesmos artefatos, quer seja por razões econômicas, culturais, sociais, de instrução, etc.

A prática nos revela que a onerosidade para se ajuizar uma ação impede a promoção de justiça a uma parcela da população, visto que não possuem condições de arcar com custas processuais, honorários advocatícios, taxas e emolumentos. Outro obstáculo é o tempo desprendido para o provimento de um direito posto à tutela do judiciário. Encontra-se incutido no pensamento coletivo a ineficácia do acionamento da justiça para resolução de conflitos, pois muitas demandas se arrastam por anos. Diante das morosidade do litígio, a parte que detém mais recursos financeiros suporta melhor o tempo necessário que o judiciário precisa para substituir a vontade das partes. (CAPPELLETTI, 1988, p. 21).

Ademais, a precariedade educacional de parte da sociedade contribui para o desconhecimento jurídico e, muitas vezes, prepondera a desconfiança nas práticas de acessibilidade de justiça, nos operadores do direito, nos procedimentos complexos, no formalismo exacerbado, além dos ambientes que intimidam os jurisdicionados.

Portanto, observa-se que as barreiras a um acesso à Justiça amplo estão inter-relacionadas com questões econômicas, culturais, sociais. Dessa forma, as soluções passam pelo enfrentamento também do Poder Judiciário da promoção da equidade e combate às discriminações.

Desde o século XIX, na Europa, práticas inclusivas vêm sendo adotadas. A primeira solução apresentada foi a de promover uma assistência judiciária aos mais pobres, também conhecida como primeira onda, dando uma representação jurídica de forma mais equitativa conforme a disposição econômica.

2. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, é a mais recente alteração legal no sentido de ampliação do acesso à Justiça. Essa Emenda é responsável pela criação do Conselho Nacional de Justiça, além de promover o empoderamento de instituições necessárias à promoção da justiça, como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Em 1965, o surgimento da Ação Popular marcou o início das tutelas dos direitos coletivos ou difusos, de modo que abre as portas para as ações civis públicas e coletivas na seara trabalhista, os mandados de segurança coletivos, e todas as demais ações coletivas que promovem uma publicidade na busca por justiça, mesmo que apenas um legitimado ingresse com a ação.

Na segunda onda, o judiciário convergiu em novas maneiras de soluções de conflitos, com práticas interdisciplinares direcionadas a interpretar a natureza do litígio, como por exemplo a mediação, a conciliação e a arbitragem, que são meios adequados para resolução de conflitos. Pelo instituto da adequação, o judiciário promove o acesso condizente com o problema que se apresenta (adequação do provimento jurisdicional).

Esse sistema evoluiu de tal forma, que hoje o discurso a respeito do instituto avança e não se fala somente dos meios adequados de soluções de conflitos, mas também do Tribunal Multiportas, trazendo diretamente essa interdisciplinaridade necessária a equidade ao acesso à Justiça.

O Tribunal Multiportas³ é um instrumento de ampliação do acesso à Justiça, de aprimoramento do sistema de resolução de conflitos e da consequente redução de processos judiciais, com o intuito de propiciar uma continuidade de diálogos – interdisciplinares e multidimensionais – entre os diversos segmentos da sociedade; constituir lideranças judiciais com capacitação multidisciplinar; produzir e aplicar as leis; gerenciar suas instituições; avaliar o impacto social e econômico de suas sentenças e produzir um conhecimento suficientemente abrangente dos valores da justiça, da eficiência da administração e do equilibrado impacto econômico de sua prática. (ALMEIDA, ALMEIDA e CRESPO, 2012).

O Tribunal Multiportas tem como objetivo ser instrumento de inclusão do cidadão, pautado em um novo método de administração das demandas judiciais. Caracteriza-se por ser eficaz, visto que permite que as partes cheguem a uma pacificação do conflito de forma relativamente barata e rápida,

com bom nível de satisfação com o resultado e que aumenta a probabilidade de implementação da solução, mantendo o Judiciário apenas com as ações que exigem processo público.

Na esteira de enfrentar os desafios do pleno acesso à Justiça, o CNJ apresenta o novo modelo jurídico, sintetizando suas diretrizes e aplicando o modelo atual, por meio da Resolução 125/2010, e suas alterações posteriores, o cenário aos jurisdicionados e aos servidores. Com o novo conceito já instalado, surgiu o CEJUSC- Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania,⁴ aplicando todo o esforço prático formulado pela ideia de multiportas, com conciliações processuais, mediações pré-processuais e processuais, arbitragem, serviços de cidadania e a execução dos meios adequados de solução de conflitos, que a todo momento devem ser estimulados antes ou já no processo.

Portanto, fica perceptível a interdisciplinaridade, tanto nos problemas como nas soluções, na promoção do acesso à Justiça. Perpassadas às análises históricas e de problemas e soluções a respeito do acesso, uma discussão mais ampla se faz necessária, pois tenta-se alargar o acesso à Justiça em um Estado Democrático de Direito, com práticas que efetivem as garantias constitucionais, combatam preconceitos, desigualdades, desinformações e que realmente efetivem a equidade.

As garantias constitucionais permeiam o acesso à Justiça, por força do disposto no inciso XXXV, do Artigo 5º, da Constituição da República de 1988, de tal forma que efetivem por si só os princípios constitucionais, como por exemplo a própria inafastabilidade da jurisdição, que preconiza que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão direito. Assim, as referidas garantias demonstram uma evolução histórica pois concretizam a apreciação do direito de todos por meio do Estado juiz, contribuindo para uma latente democratização do direito.

Seguindo a linha inclusiva e de promoção das garantias fundamentais normativos internacionais de Direitos Humanos, mais especificadamente o Pacto de São José da Costa Rica, preconiza o entendimento que toda pessoa tem direito a ser ouvida por um juiz ou tribunal competente, ampliando assim não só a vedações contra arbitrariedade, mas

3. O Tribunal Multiportas, com o seu surgimento em 1976, tem como seu criador o Professor Frank Sander, da Harvard Law School, 1976 – *Varieties of dispute processing*. O Centro Abrangente de Justiça, primeiro nome desse instituto, teve seu lançamento na Conferência em Minnesota, com a Criação da Comissão Especial para a resolução de pequenos conflitos pela Ordem dos Advogados dos EUA. Em 1985 – *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes* (1985). Primeiro Casebook sobre o tema.

4. A Resolução nº 125/2010, com alteração da Emenda nº 01/2013, ambas do Conselho Nacional de Justiça, implementou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

também a equidade no momento de acesso ao poder judiciário.⁵

A necessidade de democratização é múltipla, não só dos Tribunais nacionais e internacionais, como também do próprio CNJ. A legislação administrativa, desde a entrada em vigor da constituição cidadã em 1988, avanços significativos que ressoam nas legislações materiais e processuais, como por exemplo o artigo 98, do CPC/2015, que disserta sobre a gratuidade da justiça em comando paralelo ao texto constitucional do art. 5º, inciso LXXIV, da CR/88, ou seja, o Legislativo tem papel que ressoa significativamente na elaboração de normas como essas que efetivam o desejo de equidade.

A democratização insere um acesso relacionado a toda seara administrativa e jurisdicional que a justiça pode promover àquele que se submete a sua guarida, desde proteção dos direitos à gestão estatal, perpassando por todas as previsões necessárias a fim de que exista equidade em um aspecto igualitário de gênero, raça, cor, credo, orientação e todos caracteres inclusivos possíveis.

Nesse aspecto inclusivo é necessário afirmar o papel da mulher, dos grupos de gênero e de diversidade religiosa como promotores centrais de acesso à Justiça e não mais como vulneráveis, haja vista a importância enriquecedora que trazem a democratização. Ainda nesta senda, cumpre esclarecer que essa nova onda inclusiva precisa promover facilidades ainda maiores de acesso para a pessoa com deficiência.

O Poder Judiciário assume o protagonismo na promoção da democratização do acesso à Justiça e na observância do princípio da celeridade processual, permitindo a solução efetiva de conflitos e a pacificação social. Com essa forma de atuação, o Judiciário está próximo de alcançar a quarta onda, proposta por Economides (1999), que irá melhorar a postura dos operadores do direito, promovendo a desburocratização do Judiciário e a ampliação do efetivo acesso à Justiça.

2.4. O papel do CNJ na promoção da equidade e do acesso à Justiça amplo

O Conselho Nacional de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário, foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, quando da Reforma

do Judiciário, para exercer o controle externo do Judiciário, possui função de planejamento estratégico, fixação de metas, gestão e controle da atuação administrativa e financeira, controle disciplinar e correccional das atividades dos magistrados, tudo conforme o insculpido na Constituição da República, artigo 103-B, parágrafos, incisos e alíneas ali dispostos.

A atuação do Conselho acontece através do Plenário, do Presidente, da Corregedoria, da Ouvidoria, dos Conselheiros, das Comissões, dos Grupos de Trabalhos, sendo que as decisões colegiadas ocorrem somente no Plenário, já que não possui Turmas, de acordo com o prescrito em o seu Regimento Interno

No seu lícito exercício do poder-dever,⁶ responsável que é pela criação e gerenciamento de políticas públicas judiciais e buscando desenvolver políticas que promovam a unidade e a paz social, o CNJ editou as Resoluções nº 254, de 04/09/2018, com o intuito de combater a violência doméstica, uma das formas de violência dos direitos humanos, tendo criada a **Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**, visando a aperfeiçoar o Sistema Jurídico brasileiro e dar efetividade à prestação jurisdicional,

Essa resolução é fruto de um trabalho iniciado em 2007, com as “Jornadas Maria da Penha”, que resultou na Recomendação nº 9/2007, na qual os Tribunais foram orientados na criação de Vara Especializadas e Juizados de violência Doméstica e Familiar. O Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) foi criado em 31/03/2009, durante a III Jornada da Lei Maria da Penha, realizada em parceria entre o Ministério da Justiça, Secretaria de Políticas para as Mulheres – SPM, da Presidência da República, e Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o escopo de manter um espaço permanente de debate sobre o tema em questão, compartilhamento de experiências, uniformização de procedimentos, capacitação de magistrados e de equipes multidisciplinares.

Dando continuidade as ações de promoção à equidade de gênero, o CNJ, por meio da portaria nº 133 de 28 de setembro de 2018, recepcionou a agenda 2030 de Direitos Humanos da Nações Unidas

5. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

6. Órgão criado pela Emenda Constitucional (EC) nº. 45 de 30 de dezembro de 2004 e instalado no dia 14 de junho de 2005 com a finalidade de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. Definido como órgão do Poder Judiciário através do inciso I-A ao artigo 92 da Constituição Federal de 1988, está sediado na capital federal.

– ONU no Poder Judiciário Brasileiro, que trabalha os compromissos contidos nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, nas metas a serem atingidas até o ano de 2030 e promovem a continuidade dos 8 objetivos traçados para o milênio, pautados no evento Rio + 20.

Nesse sentido, foi editada a Resolução nº 255, 04/09/2018, que cria a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, como esforço para alcançar o 5º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas, que trata da igualdade de gênero e está na Agenda 2030,⁷ a qual determinou que todos os ramos e unidades do Poder Judiciário deverão adotar medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais.

Nessa toada, com objetivo de alcançar a democratização do acesso à Justiça amplo, o Conselho editou a Resolução nº 296/2019, de 19/09/2019, a qual criou a Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários, em o seu art. 10, a quem compete, entre outras coisas, propor ações e projetos destinados ao combate da discriminação, do preconceito e de outras expressões da desigualdade de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela Constituição da República de 1988.⁸

A referida Comissão tem realizado debates sobre ações que visem a democratização do acesso à Justiça, bem como implementação de projetos destinados ao combate à discriminação, do preconceito e de outras expressões da desigualdade de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela Constituição Federal de 1988. a exemplo do que ocorreu nos Seminários “Democratizando o Acesso à Justiça”, realizados nos anos de 2020 e 2021, inclusive com

lançamento de livro que reúne as apresentações da primeira edição do evento, e divulgação do relatório Índice de Acesso à Justiça.⁹

Vale ressaltar que o Grupo de Trabalho de Questões Raciais, apresentou um relatório, com a atualização do estudo de cotas raciais e do levantamento do número de negros em bancas de concurso, e aprimoramento da Tabelas Processuais Unificadas (TPUs), com a inclusão da injúria por preconceito, além de incluir por condição de idade, cor, deficiência, etnia, gênero, orientação sexual, origem, raça, tudo em consonância o que dispõe a Resolução 230/2016, do CNJ.¹⁰

Mencione-se também a criação da Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS e da Agenda 2030 a qual, entre outras atribuições, cabe propor políticas judiciárias voltadas à promoção do desenvolvimento sustentável e monitorar as ações relacionadas à Agenda 2030 para o Desenvolvimento dos ODS no âmbito do Poder Judiciário.

Dessa forma, vislumbra-se que o objetivo do CNJ em recepcionar a referida agenda de Direitos Humanos Internacionais é proporcionar mais integração entre os jurisdicionados para o acesso à Justiça amplo no judiciário brasileiro.

Para tanto, foi criado o observatório dos direitos humanos no poder judiciário, em 17 de setembro de 2020, tendendo diretamente a promoção do Eixo 1, de proteção aos Direitos Humanos e do Meio ambiente, com o fito de que sejam produzidos substratos de Direitos humanos nos serviços prestados pelo poder judiciário de forma eficaz.

Assim, com a necessidade de normatizar o referido Observatório, foram traçados objetivos, os quais trazem a aplicação prática no seu texto. Como exemplo, podemos citar o inciso VII, do artigo 3º, que objetiva a promoção ao Plenário do CNJ medidas pertinentes e adequadas que aprimorem a tutela de Direitos humanos no Judiciário Brasileiro.

Analisando os incisos da referida Portaria percebe-se que a intenção do CNJ com a é a de aparelhar

7. A Agenda 2030 é um plano de ação global que reúne 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas, criados para erradicar a pobreza e promover vida digna a todos, dentro das condições que o nosso planeta oferece e sem comprometer a qualidade de vida das próximas gerações. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030>> Acesso em 28.06.2021.

8. CNJ, *Resolução 296/2019*, Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br>>. Acesso em 28.06.2021.

9. Uma ferramenta para mensurar o acesso à Justiça pela população brasileira, o Índice de Acesso à Justiça (IAJ) foi lançado nesta segunda-feira (22/2) durante o segundo painel do webinar II Democratizando o Acesso à Justiça: Justiça Social e Poder Judiciário no Século XXI. O levantamento foi feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Acesso ao site do CNJ em 20.06.2021.

10. CNJ, *Resolução 230/2016*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_230>. Acesso em 21.06.2021.

o judiciário de maneira concreta desde a elaboração de estudos a promoção de articulações com instituições internacionais, ou seja têm-se a intenção de fazer um trabalho concreto, para tratar equitativamente os direitos humanos na promoção do acesso à Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça também tornou obrigatório o emprego da flexão de gênero para nomear profissão ou demais designações na comunicação social e institucional do Poder Judiciário, por *ex vi* da Resolução nº 376, de 02/03/2021.¹¹

A regra engloba as carteiras de identidade funcionais, documentos oficiais, placas de identificação de setores, dentre outros, à identidade de gênero dos transgêneros, bem como à utilização de seus respectivos nomes sociais e todas as suas unidades e ramos, deverão adotar a designação distintiva para todas e todos integrantes, incluindo desembargadores e desembargadoras, juízes e juízas, servidores e servidoras, assessores e assessoras, terceirizados e terceirizadas, estagiários e estagiárias, dentro da política de combate à discriminação de gênero.

A Resolução nº 401, de 16/06/2021,¹² dispõe sobre o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão. Determina que, a fim de promover a igualdade, deverão ser adotadas, com urgência, medidas apropriadas para eliminar e prevenir quaisquer barreiras urbanísticas ou arquitetônicas, de mobiliários, de acesso aos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais ou tecnológicas.

Devem ser garantidas às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida quantas adaptações ou tecnologias assistivas sejam necessárias para assegurar acessibilidade plena a espaços, informações e

serviços, coibindo qualquer forma de discriminação por motivo de deficiência, com prioridade orçamentária na elaboração de ações.

Vale ressaltar, ainda a criação pelo Conselho de Grupos de Trabalhos específicos para tratar das questões referentes aos direitos humanos e a democratização do acesso à Justiça.

Conforme Portaria nº 181/2021,¹³ o Grupo de Trabalho da comunidade LGBTIA+ elaborará formulário para avaliar o grau de riscos de violência as pessoas dessa comunidade, vítimas de preconceito devido à orientação sexual e recebam o devido amparo e proteção na medida do perigo de agressão ou morte a que estejam expostos. A composição do grupo está definida na acima com a participação de representantes Ministério Público e de movimentos e associações de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos.

Merece, ainda, destaque o Grupo de Trabalho – GT para o acesso à Justiça das pessoas em situação de rua, com a participação ativa da sociedade civil e o apoio do Conselho Nacional de Direitos Humanos, criado para elaboração de propostas com vistas à formulação de ato normativo para a instituição da Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades, instituído pela Portaria CNJ nº 70/2021¹⁴.

O aludido GT elaborou minuta de Resolução aprovada pelo Plenário do CNJ, em 21/9/2021, durante a 338ª Sessão Ordinária, sob o número 425, sobre “*Política Nacional Judicial de Atenção às Pessoas em Situação de Rua*”, para a garantia de acesso à documentação básica para identidade civil, medidas administrativas de inclusão, assegurar o acesso à Justiça, medidas em procedimentos criminais, medidas protetivas das crianças e adolescentes e capacitação.

A nova Resolução é um marco histórico para o Judiciário brasileiro, vez que prevê, o atendimento nas dependências do Poder Judiciário sem prévio agendamento, para oportunizar o exercício de

11. CNJ. *Resolução N° 376/2021*. Dispõe sobre o emprego obrigatório da flexão de gênero para nomear profissão ou demais designações na comunicação social e institucional do Poder Judiciário nacional. Disponível em : <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3765>> Acesso em 23.06.2021.

12. CNJ. *Resolução nº 401, de 16/06/2021*- Orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência por meio – entre outras medidas – da convalidação em resolução a Recomendação CNJ 27, de 16/12/2009, bem como da instituição de Comissões Permanentes de Acessibilidade e Inclusão. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/>>. Acesso em 28.06.2021.

13. CNJ. *Portaria nº 181/2021*. Erro! A referência de hiperlink não é válida. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos?tipoAto%5B0%5D=9&ano=2021&page=5>>. Acesso em 07.07.2021.

14. CNJ. *Portaria nº 70/2021*. Institui Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e apresentação de propostas com vistas à formulação de Política Nacional de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades, no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original19510320210927615220a7570f2.pdf>> Acesso em 06.07.2021.

direitos, com a isenção de cobrança de quaisquer custas e despesas processuais, com a prestação de informações para o efetivo acesso à Justiça, não se constituindo óbice de acesso às unidades judiciárias e ao atendimento humanizado e personalizado a vestimenta e condições de higiene pessoal; a identificação civil; comprovante de residência; documentos que alicercem o seu direito; o não acompanhamento por responsável em caso de crianças e adolescentes.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário brasileiro tem a importante missão de incluir todos no Sistema de Justiça. Os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação são alicerces na busca do acesso à Justiça amplo e que as normas que combatem toda forma de discriminação e a promovem a equidade são instrumentos que possibilitam democratizar tal acesso.

Verifica-se que o CNJ tem envidado esforços no exercício do seu poder-dever de criar e nomitorar as políticas públicas judiciárias e que as suas Comissões Permanentes e os Grupos de Trabalho têm desenvolvido atividades e produzido regramentos, aprovados pelo Presidente da instituição ou pelo Plenário, que favorecem o promoção da igualdade de oportunidades, da equidade e da democratização do acesso à Justiça amplo.

A sociedade brasileira somente poderá ser aclamada justa, fraterna, solidária e livre de preconceitos, como enuncia no preâmbulo da Carta Cidadã de 1988, quando não mais tivermos pessoas excluídas, inferiorizadas, em razão de quaisquer formas de discriminação, inclusive em razão de gênero, raça, cor, sexo, estado civil, orientação sexual, por exemplo, em respeito ao princípio da dignidade humana e com pleno acesso à Justiça.

4. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos* no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p.188.
- BRASIL, Ministério Público do Trabalho. *15 anos de Coordigualdade*/Organizadora: Valdirene Silva de Assis. Brasília. Gráfica Movimento/2018.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre. Editor Sergio Antônio Fabris. 1988.
- FERRAZ, Leslie Shérída. *Repensando o acesso à Justiça no Brasil: estudos internacionais*. Vol. 2. Institutos inovadores. Coordenação [de] Leslie Shérída Ferraz. – Aracaju: Evocati, 2016.
- FERRITO, Bárbara. *Direito e desigualdade: uma análise da discriminação das mulheres no mercado de trabalho a partir dos usos dos tempos*. São Paulo. Editora LTR. 2021.
- FARIA, J. E. (2004). *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados, 18(51), 103-125.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*; tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.37.
- GARAPON, Antoine. *Un nouveau modele de jus_ce: efficacité, acteur stratégique, sécurité*. In: *Dans la tourmente (1). Aux sources de la crise financière*. Revue Esprit. Novembre 2008.
- GURGEL, Yara Maria Pereira Gurgel. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. Imprensa: São Paulo, LTr, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Carvalho. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 61.
- OST, François. *Jupiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez*. Doxa. 14.1993.
- PAPADOPOULOS, Ioannis, "Introduction to comparative legal cultures: the civil law and the common law on evidence and judgment (oral presentation of the book by Antoine Garapon & Ioannis Papadopoulos, Juge en Amerique et en France Culture judiciaire française et common law" (2004). Cornell Law Faculty Working Papers. Paper 15.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimaraes. *Democratizando o acesso à Justiça / Conselho Nacional de Justiça, CNJ*, 2020.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães e ESCOBAR, Amanda Greff. *Democratização do Acesso à Justiça e Agenda 2020 da ONU na Pauta do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2020. p. 89-97.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano*. 9ª ed. São Paulo. Saraiva Educação 2019.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à Justiça*. Fortaleza: CONPEDI, 2010.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflito*. Recife: UFPE, 2010.

- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. rev. e aumentada. São Paulo : LTr, 2014.
- SADEK, MT, org. *O sistema de justiça* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução Democrática de Justiça*. São Paulo. Editora Cortez. 2007.
- SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. *A liberdade religiosa do empregado: a acomodação razoável das demandas religiosas do empregado enquanto dever empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Direito ao Trabalho Decente e a Proteção Internacional dos Direitos Sociais

Flávia Piovesan*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos e os Direitos Sociais. 3. A Proteção dos Direitos Sociais e do Direito ao Trabalho Decente no Sistema Global e no Sistema Regional Interamericano. 4. A Proteção dos Direitos Sociais no âmbito Sul-Americano: desafios do *ius commune*.

1. INTRODUÇÃO

Como compreender os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos? Qual é a principiologia aplicável aos direitos sociais? Qual é o alcance da proteção dos direitos sociais e do direito ao trabalho decente no âmbito global e regional interamericano? Como fortalecer a projeção e a incorporação de parâmetros protetivos globais e regionais no âmbito sul-americano? Como intensificar o diálogo vertical e horizontal de jurisdições visando à pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região sul-americana?

São estas as questões centrais a inspirar o presente estudo, que tem por objetivo maior enfocar a proteção dos direitos sociais, com destaque ao direito ao trabalho decente, sob o prisma internacional e regional interamericano, com ênfase aos desafios da implementação dos direitos sociais no contexto sul-americano visando à pavimentação de um constitucionalismo regional amparado em um “*ius commune*” social.

(*) Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC-SP; Professora dos Programas de Pós Graduação da PUC-SP e da PUC-PR; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015; 2016; 2017; 2018; 2019; 2021; e 2022); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); e Lemman visiting scholar do David Rockefeller Center for Latin America Studies da Harvard University (2018). Foi membro da UN High Level Task force for the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Foi membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018 a 2021) e ex Vice Presidente da Comissão Interamericana (2020-2021).

2. A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores¹, os direitos humanos traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade e à prevenção do sofrimento humano. No mesmo sentido, Celso Lafer², lembrando Danièle Lochak, realça que os direitos humanos não apresentam uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas³. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução⁴. Simbolizam os direitos humanos, para

1. Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.
2. Celso Lafer, prefácio ao livro *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 2ª edição revista, ampliada e atualizada, Flávia Piovesan, São Paulo, ed. Saraiva, 2011, p.22.
3. Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.
4. Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia das Letras, São Paulo, 1988, p.134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos”. (Ignacy Sachs, *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania*, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p.156). Para Allan Rosas: “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são

parafrasear Luigi Ferrajoli⁵, a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.⁶

os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente.” (Allan Rosas, *So-Called Rights of the Third Generation*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 243).

5. Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p.338.

6. Thomas Buergenthal, *International human rights*, op. cit., p. 17. Para Henkin: “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente “estatais”, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos”. (*International law*, op. cit., p. 2). Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o “direito a ter direitos”, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a “razão de estado” e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”. (Prefácio ao livro *Os direitos humanos como tema global*, op. cit., p. XXVI).

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na idéia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”⁷.

Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Sob esta perspectiva integral, identificam-se dois impactos: a) a inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos; e b) a paridade em grau de relevância de direitos sociais, econômicos e culturais e de direitos civis e políticos.

Para Asbjorn Eide: “The term “social rights”, sometimes called “socio-economic rights”, refers to rights whose function is to protect and to advance the enjoyment of basic human needs and to ensure

7. Andrew Hurrell, *Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world*, In: Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p.277.

the material conditions for a life in dignity. The foundations of these rights in human rights law is found in the Universal Declaration of Human Rights, Article 22: "Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realisation, through national effort and international cooperation and in accordance with the organisation and resources of each state, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality"⁸.

Ao examinar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, leciona Hector Gros Espiell: "Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação

de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130)"⁹.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do "mínimo ético irredutível". Neste sentido, cabe destacar que, até 2022, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 173 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 171 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 171 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 182 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 189 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 196 Estados-partes.¹⁰

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores

8. Asbjorn Eide, Social Rights, In: Rhona K.M. Smith e Christien van den Anker. *The essentials of Human Rights*, Londres, Hodder Arnold, 2005, p.234. Para Asbjorn Eide: "Economic, social and cultural rights constitute three interrelated components of a more comprehensive package. The different components also have links to civil and political rights. At the core of social rights is the right to an adequate standard of living. The enjoyment of this right requires, at a minimum, that everyone shall enjoy the necessary subsistence rights – adequate food and nutrition rights, clothing, housing and necessary conditions of care. Closely related to this is the right of families to assistance (...). In order to enjoy these social rights, there is also a need to enjoy certain economic rights. These are the right to property, the right to work and the right to social security. (...) The notion of cultural rights is more complex. (...) cultural rights contain the following elements: the right to take part in cultural life, the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, the right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which the beneficiary is the author, and the freedom indispensable for scientific research and creative activity". (Asbjorn Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.17-18).

9. Hector Gros Espiell, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, San José, Libro Libre, 1986, p. 16-17.

10. A respeito, consultar *Human Development Report*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press.

e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos integram em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade¹¹. Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5o, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do “pós Guerra”, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, 140 Estados, dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional, realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em 1985, este percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados¹². O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas¹³. Realça ainda Amartya Sen: “The protective power of political liberty reveals that no famine has ever taken place in the history of the world in a functioning democracy”¹⁴. Daí a relação indissociável entre o exercício dos direitos civis e políticos e o exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Além disso, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Como aludem Asbjorn Eide e Allan Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade,

11. Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos.

12. Consultar UNDP, *Human Development Report 2002: Deepening democracy in a fragmented world*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.,

13. Amartya Sen, Foreword ao livro *Pathologies of Power*, Paul Farmer, Berkeley, University of California Press, 2003.

14. Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p.343.

incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”.¹⁵

A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda ainda que se recorra ao direito ao desenvolvimento. Para desvendar o alcance do direito ao desenvolvimento, importa realçar, como afirma Celso Lafer, que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos EUA) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então URSS). Neste cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”.¹⁶

É, assim, adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas: “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional.”¹⁷

O direito ao desenvolvimento contempla, assim, três dimensões centrais: a) justiça social; b) participação e *accountability*; e c) cooperação internacional.¹⁸

De acordo com o artigo 28 da Declaração de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados”. A justiça social é um componente central à concepção do direito ao desenvolvimento. A realização do direito ao desenvolvimento, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual e oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.

Para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes. Reconhece o artigo 2º da Declaração que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento.”

Na promoção do desenvolvimento, igual consideração deve ser conferida à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Medidas efetivas devem ser ainda adotadas a fim de proporcionar às mulheres um papel ativo no processo de desenvolvimento.

Além do componente de justiça social, o componente democrático é essencial ao direito ao desenvolvimento. É dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento. Neste contexto, os princípios da participação e da *accountability* são centrais ao direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento compreende tanto uma dimensão nacional, como uma dimensão internacional. Prevê a Declaração sobre o Direito

15. Asbjorn Eide e Alla Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.17-18.

16. Celso Lafer, *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

17. Allan Rosas, *The Right to Development*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 254-255.

18. Para a UN High Level Task Force on the implementation of the right to development: “The right to development is a right of individuals and peoples to an enabling environment for development that is equitable, sustainable,

participatory and in accordance with the full range of human rights and fundamental freedoms – a national and global environment that is free from structural and unfair obstacles to development”. See the report of the UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators – A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

ao Desenvolvimento que os Estados devem adotar medidas – individual e coletivamente – para criar um ambiente a permitir, nos planos internacional e nacional, a plena realização do direito ao desenvolvimento. Ressalta a Declaração que os Estados devem adotar medidas para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da não observância de direitos civis e políticos, bem como da afronta a direitos econômicos, sociais e culturais. Ainda que a Declaração reconheça ser os Estados os responsáveis primários na realização do direito ao desenvolvimento, enfatiza a importância da cooperação internacional para a realização do direito ao desenvolvimento.

Adiciona o artigo 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaoui: “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza.”¹⁹ As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial²⁰.

Como atenta Joseph E. Stiglitz: “The actual number of people living in poverty has actually increased by almost 100 million. This occurred at the same time that total world income increased by an average of 2.5 percent annually.”²¹ Para a World Health Organization: “poverty is the world’s

greatest killer. Poverty wields its destructive influence at every stage of human life, from the moment of conception to the grave. It conspires with the most deadly and painful diseases to bring a wretched existence to all those who suffer from it.”²² Em média 80% da população mundial vive em países em desenvolvimento, caracterizados por elevada exclusão e desigualdade social.²³

Um dos mais extraordinários avanços da Declaração de 1986 é lançar o *human rights-based approach* ao direito ao desenvolvimento.²⁴ O *human rights-based approach* é uma concepção estrutural ao processo de desenvolvimento, amparada normativamente nos parâmetros internacionais de direitos humanos e diretamente voltada à promoção e à proteção dos direitos humanos. O *human rights-based approach* ambiciona integrar normas, standards e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos relativos ao desenvolvimento. A perspectiva de direitos endossa o componente da justiça social, realçando a proteção dos direitos dos grupos mais vulneráveis e excluídos como um aspecto central do direito ao desenvolvimento. No dizer de Mary Robinson: “The great merit of the human rights approach is that it draws attention to discrimination and exclusion. It permits policy makers and observers to identify those who do not benefit from development. (...) so many development programmes have caused misery and impoverishment -- planners only looked for macro-scale outcomes and did not consider the consequences for particular communities or groups of people.”²⁵

19. Mohammed Bedjaoui, *The Right to Development*, in M. Bedjaoui ed., *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, p. 1182.
20. A respeito, consultar *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.
21. Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003, p.06. Acrescenta o autor: “Development is about transforming societies, improving the lives of the poor, enabling everyone to have a chance at success and access to health care and education.” (op.cit.p.252).

22. Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p.50.
23. Atenta Jeffrey Sachs: “eight million people around the world die each year because they are too poor to stay alive” (Jeffrey Sachs, *The end of poverty: economic possibilities for our time*, New York, The Penguin Press, 2005, p.1). Acrescenta o mesmo autor: “One sixth of the world remains trapped in extreme poverty unrelieved by global economic growth and the poverty trap poses tragic hardships for the poor themselves and great risks for the rest of the world” (Jeffrey Sachs, *Common Wealth: economics for a crowded planet*, London, Penguin books, 2008, p.6).
24. Sobre o tema, ver Mary Robinson, What Rights can add to good development practice, In: Philip Alston e Mary Robinson (ed.), *Human Rights and Development: towards mutual reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p.37. Para Mary Robinson: “Lawyers should not be the only voice in human rights and, equally, economists should not be the only voice in development”. (op. cit)
25. Mary Robinson, What Rights can add to good development practice, In: Philip Alston e Mary Robinson (ed.), *Human Rights and Development: towards mutual reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p.36.

O desenvolvimento há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir, para adotar a concepção de Amartya Sen²⁶. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993, enfatiza ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Feitas essas considerações a respeito da concepção contemporânea de direitos humanos e o modo pelo qual se relaciona com os direitos sociais, transita-se à análise da proteção dos direitos sociais e do direito ao trabalho decente no sistema global, com ênfase no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na principiologia aplicável aos direitos sociais.

3. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DO DIREITO AO TRABALHO DECENTE NO SISTEMA GLOBAL E NO SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO

Preliminarmente, faz-se necessário ressaltar que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos.

Após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais

eficaz em assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes.

A elaboração de dois Pactos, por si só, revela as ambivalências e resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que até 2022 contemplava a adesão de 171 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde, etc. Na esfera trabalhista o PIDESC, em seus artigos 6º, 7º e 8º, estabelece em detalhamento o direito a condições de trabalho justas e favoráveis, compreendendo: a) remuneração que permita uma vida digna; b) condições de trabalho seguras e higiênicas; c) igual oportunidade no trabalho; d) descanso, lazer e férias, bem como direitos sindicais.

Note-se que a própria Declaração Universal de 1948, em seu art. XXIII, já enunciava que toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; direito a igual remuneração por igual trabalho; direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure uma existência digna; e direitos sindicais (direito de organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses).

Importa observar que, no cenário internacional, antes mesmo da Declaração de 1948 e do PIDESC de 1966, nascia a Organização Internacional do Trabalho (OIT), após a 1ª Guerra Mundial, com o objetivo promover parâmetros internacionais referentes às condições de trabalho e bem estar. Deste modo, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos

26. Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen: “Neste sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como 1) uma finalidade em si mesma e 2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, como a função constitutiva e a função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o engrandecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a sub-nutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura,... Nesta perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nesta visão, é o processo de expansão das liberdades humanas.” (Amartya Sen, *Development as Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1999, p.35-36 e p.297). Sobre o direito ao desenvolvimento, ver também Karel Vasak, *For Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e os instrumentos protetivos da OIT.

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade –, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto)²⁷.

No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplem também um custo.

Sobre o custo dos direitos e a justiciabilidade dos direitos sociais, compartilha-se da visão de David Bilchitz: “Whilst a number of writers accept the legitimacy of judicial review for final decisions

concerning civil and political rights, they object to it where decisions concerning social and economic rights are concerned. One of the most important objections that has been made concerning the involvement of judges in decisions relating to socio-economic rights has been that it is inappropriate for judges to decide how the budget of a society is to be allocated. (...) Judges are not traditionally experts on economic policy or on the complex issues involved in determining a budget. It is claimed that they are no therefore best placed to make determinations concerning the overall allocation of resources. In response, judicial review in a number of countries has for many years involved judges making determinations on civil and political rights. The realization of many of these rights also requires massive expenditure, which has an impact on the overall distribution of resources. (...) Yet, judges have generally acquitted themselves well in interpreting and enforcing these rights, and their role in this regard has not generally met with accusations that they are unqualified for the job, despite the resource implications of their decisions. (...) The rationale for this distinction seems to lie in the fact that the critics regard socio-economic rights are in some way inferior to civil and political rights and as not warranting equal protection. (...) there is no justifiable normative basis for this contention and the same normative foundations support both types of rights”.²⁸ Acrescenta o mesmo autor: “(...) if a society is justified in recognizing fundamental rights, and has good reasons for granting judges review powers, then the society is justified in allowing its judges to ensure that resources are allocated in accordance with the demands of fundamental rights. (...) Judges are given the power to review such decisions as to their conformity with the set of priorities mentioned in the Constitution. Judges are thus required to evaluate the allocation of resources against an area in which they have expertise: the application of human rights standards”²⁹.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento e implementação dos direitos que contempla. Essa sistemática inclui o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Os relatórios devem consignar as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas

27 A expressão “aplicação progressiva” tem sido frequentemente mal interpretada. Em seu “General Comment n.03” (1990), a respeito da natureza das obrigações estatais concernentes ao artigo 2o, parágrafo 1o, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que, se a expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização destes direitos. (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23).

28. David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/ NY, Oxford University Press, 2007, p.128-129.

29. David Bilchitz, op. cit. p. 132.

pelo Estado-parte no sentido de conferir observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto. Devem ainda expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Diversamente do Pacto dos Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Sociais não estabelece o mecanismo de comunicação inter-estatal, mediante o qual um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado. Até 2008 tampouco era previsto o direito de petição – instrumento que tem permitido a proteção internacional dos direitos civis e políticos desde 1966 por meio do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A respeito do monitoramento dos direitos sociais e seu impacto na justiciabilidade destes direitos, afirma Martin Scheinin: “The intimate relationship between the existence of a functioning system of international complaints, giving rise to an institutionalized practice of interpretation, and the development of justiciability on the domestic level, has been explained very accurately by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: “As long as the majority of the provisions of the Covenant are not subject of any detailed jurisprudential scrutiny at the international level, it is most unlikely that they will be subject to such examination at the national level either”³⁰.

Somente em 10 de dezembro de 2008 foi finalmente adotado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que introduz a sistemática das petições individuais, das medidas de urgência (*interim measures*), das comunicações inter-estatais e das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos sociais por um Estado-parte. Em 1996, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já adotava um projeto de Protocolo, contando com o apoio dos países da América Latina, África e Leste Europeu e a resistência de Reino Unido, EUA, Canadá, Austrália, dentre outros. Em 05 de maio de 2013, o Protocolo entrou em vigor, contando com 26 Estados-partes³¹.

Reitere-se que desde 1966 os direitos civis e políticos contam com o mecanismo das petições individuais, mediante a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que fortaleceu a justiciabilidade destes direitos nas esferas global, regional e local. Já os direitos sociais, apenas em 2008 passam a contar com tal sistemática, que virá a impactar positivamente o grau de justiciabilidade destes direitos. O Protocolo Facultativo é uma relevante iniciativa para romper com a proteção desigual conferida aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais na esfera internacional.

Ademais, para fortalecer a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração de Viena de 1993 também recomenda o exame de outros critérios, como a aplicação de um sistema de indicadores, para medir o progresso alcançado na realização dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para Katarina Tomasevski: “The creation of indicators for economic and social rights provides an opportunity to extend the rule of law, and thereby international human rights obligations, to the realm of economics which has thus far remained by and large immune from demands of democratization, accountability and full application of human rights standards. Indicators can be conceptualized on the basis of international human rights treaties because these lay down obligations for governments”³². O sistema de indicadores contribuirá para fomentar informações pelo Estado, o que permitirá com maior precisão a formulação e a avaliação de políticas públicas, propiciando, sobretudo, a incorporação da perspectiva de direitos humanos na formulação de tais políticas.

Recomenda ainda a Declaração de Viena seja empreendido um esforço harmonizado, visando a garantir o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos planos nacional, regional e internacional.

Sob a perspectiva integral, aplica-se aos direitos sociais o regime jurídico dos direitos humanos, com sua lógica e principiologia próprias. Extrai-se da jurisprudência internacional, produzida especialmente pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 5 (cinco) relevantes princípios

30. Martin Scheinin, *Economic and Social Rights as Legal Rights* Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.49. Ver também UN doc A/CONF.157/PC/62/Add.5/, para. 24.

31. Note-se que, para entrar em vigor, o Protocolo requer a

ratificação de 11 Estados-partes.

32. Katarina Tomasevski, *Indicators*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 531-532.

específicos concernentes aos direitos sociais: a) o princípio da observância do *minimum core obligation*; b) o princípio da aplicação progressiva; c) o princípio da inversão do ônus da prova; d) o princípio da participação, transparência e *accountability*; e e) o princípio da cooperação internacional.

a) princípio da observância do minimum core obligation

A jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Para el Comité DESC: “*Minimum core obligations are those obligations to meet the “minimum essential levels of a right”*”.

O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.

A respeito da implementação dos direitos sociais, o Comitê adota os seguintes critérios: acessibilidade; disponibilidade; adequação; qualidade e aceitabilidade cultural. O Comitê ainda tem desenvolvido o conteúdo jurídico dos direitos sociais (moradia – recomendação geral n.4; alimentação adequada – recomendação geral n.12; saúde – recomendação geral n.14; e educação – recomendação geral n.13).

b) princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais do qual decorre os princípios da proibição do retrocesso social e da proibição da inação estatal

O General Comment n.03 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma a obrigação dos Estados de adotar medidas, por meio de ações concretas, deliberadas e focadas, de modo mais efetivo possível, voltadas à implementação dos direitos sociais. Por consequência, cabe aos Estados o dever de evitar medidas de retrocesso social. Para o Comitê: “Any retrogressive measures would involve the “most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant in the context of the full use of the maximum available resources”.

Cabe reafirmar que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Da aplicação

progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais, como também a proibição da inação ou omissão estatal. Para J.J. Gomes Canotilho: “O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”³³.

Ainda no General Comment n.03, como destaca David Bilchitz: “The UN Committee has provided various categorizations of the obligations imposed by socio-economic rights on state parties. In General Comment 3, it recognized the distinction between obligations of conduct and obligations of result. Obligations of conduct require the taking of action “reasonably calculated to realise the enjoyment of a particular right”. Obligations of result require “states to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) socio-economic rights typically impose both obligations of conduct and obligations of result”³⁴.”

Note-se que há medidas de aplicação imediata concernente aos direitos sociais, como é o caso da cláusula da proibição da discriminação. Como realçam os princípios de Limburg: “Some obligations under the Covenant require immediate implementation in full by the State parties, such as the prohibition of discrimination in article 2(2) of the Covenant. (...) Although the full realization of the rights recognized in the Covenant is to be attained progressively, the application of some rights can be made justiciable immediately while other rights can become justiciable over time”³⁵.

33. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

34. David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/ NY, Oxford University Press, 2007, p.183-184.

35. The Limburg Principles on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, paragraph 22 (UN doc.E/CN.4/1987/17). Como observa Asborn Eide: “State obligations for economic and social rights were elaborated by a group of experts, convened by the International Commission of Jurists, in Limburg (the Netherlands) in June 1986. The outcome of the meeting is the so-called Limburg Principles, which is the best guide available to state obligations under the CESC. (...) A decade later, experts on economic, social and cultural

Do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, a demandar dos Estados que aloquem o máximo de recursos disponíveis para a implementação de tais direitos, decorre a proibição do retrocesso social e a proibição da inação estatal. A censura jurídica à violação ao princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais pode, ademais, fundamentar-se no princípio da proporcionalidade, com destaque à afronta à proporcionalidade estrita sob o prisma da proibição da insuficiência³⁶.

c) *princípio da inversão do ônus da prova*

Nos termos do artigo 2 (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias, utilizando o máximo de recursos disponível, para a realização dos direitos sociais.

É com base neste dever que emerge o princípio da inversão do ônus da prova. Como leciona Asborn Eide: "A state claiming that it is unable to carry out its obligation for reasons beyond its control therefore has the burden of proving that this is the case and that it has unsuccessfully sought to obtain international support to ensure the availability and accessibility of the right"³⁷.

d) *princípio da participação, transparência e accountability*

O componente democrático é essencial para a adoção de políticas públicas em matéria de direitos sociais. Tais políticas devem inspirar-se nos princípios da participação, transparência e accountability.

Como explica Amartya Sen: "*political liberties and democratic rights are among the constituent components of development*"³⁸. Democracia requer

participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis.

No entender de José Joaquim Gomes Canotilho: "a idéia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais", acrescentando que "a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais"³⁹.

Considerando o princípio da participação⁴⁰, fundamental é promover o direito à participação tanto no âmbito local, como no âmbito internacional, particularmente nas instituições financeiras internacionais, de forma a ampliar a participação da sociedade civil internacional e a fortalecer a participação dos países em desenvolvimento.⁴¹ Ressalte-se que as políticas adotadas pelas instituições financeiras internacionais são elaboradas pelos mesmos Estados que assumem obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos sociais ao ratificarem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁴² Neste contexto, emergencial é um

democracy as "government by discussion". But democracy must also be seen more generally in terms of capacity to enrich reasoned engagement through enhancing informational availability and the feasibility of interactive discussions. Democracy has to be judged not just by the institutions that formally exist but by the extent to which different voices form diverse sections of the peoples can actually be heard" (Amartya Sen, op. cit., p.XIII)

39. José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1ª ed., Portugal, Coimbra editora, 2008.

40. O direito à participação é consagrado em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, incluindo o artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos; o artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o artigo 7 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

41. Sobre a matéria, ver *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization*, E/CN.4/2005/41, 23 December 2004. Como observa Joseph E. Stiglitz: "(...) we have a system that might be called global governance without global government, one in which a few institutions – the World Bank, the IMF, the WTO – and a few players – the finance, commerce, and trade ministries, closely linked to certain financial and commercial interests – dominate the scene, but in which many of those affected by their decisions are left almost voiceless. It's time to change some of the rules governing the international economic order (...)". (Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003, p.21-22).

42. O "Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights" considera uma violação de direitos humanos baseada em omissão estatal "the failure of a State to take into account its international legal obligations in the field of economic, social and cultural rights when entering

rights met in Maastricht to adopt a set of guidelines on violations of human rights (The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights)." (Asborn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.25)

36. Note-se que o princípio da proporcionalidade compreende 3 (três) dimensões: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade estrita – da qual resulta, de um lado, a proibição do excesso e, do outro, a proibição da insuficiência.

37. Asborn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.27

38. Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p.347. "Democracy is assessed in terms of public reasoning, which leads to an understanding of

novo multilateralismo por meio de reformas da arquitetura financeira global, a fim de que se alcance um balanço mais adequado de poder na esfera global, fortalecendo a democratização, a transparência e a accountability das instituições financeiras internacionais⁴³.

e) princípio da cooperação internacional

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu General Comment n.12, realça as obrigações do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais: respeitar, proteger e implementar.

Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não-estatais) violem estes direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização destes direitos⁴⁴.

Na visão de Katarina Tomasevski: "The obligations to respect, protect and fulfill each contain elements of obligation of conduct and obligation of result. The obligation of conduct requires action reasonably calculated to realize the enjoyment of a particular right. The obligation of result requires States to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) The obligation to protect includes the State's responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights. States are responsible for violations of economic, social and cultural rights that result from their failure to exercise due diligence

in controlling the behaviour of such non-state actors."⁴⁵

No campo dos direitos sociais, além das clássicas obrigações de respeitar, proteger e implementar direitos, destaca-se a obrigação de cooperar. Isto porque, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais têm como valor fundante a solidariedade, que, em uma ordem cada vez mais global, invoca o dever de cooperação internacional. A própria Declaração Universal de 1948, em seu artigo XXII, consagra o direito à segurança social e à realização, mediante o esforço nacional e a *cooperação internacional*, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade". O princípio da cooperação internacional vem contemplado ainda no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "Cada Estado no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela *assistência e cooperação internacional*, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto (...)." Na mesma direção, realça o Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em seu artigo 1º, que os "Estados-partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da *cooperação entre os Estados*, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis (...), a fim de conseguir, progressivamente (...), a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Protocolo". A necessidade de cooperação internacional ainda vem realçada pela Convenção Americana, em seu artigo 26, quando trata da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A respeito, observam Philip Alston e Gerard Quinn: "O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra três previsões que podem ser interpretadas no sentido de sustentar uma obrigação por parte dos Estados-partes ricos de prover assistência aos Estados-partes pobres, não dotados de recursos para satisfazer as obrigações decorrentes do Pacto. O artigo 2 (1) contempla a frase "individualmente ou através de assistência internacional e cooperação, especialmente

into bilateral or multilateral agreements with other States, international organizations or multinational corporations."

43. Para Joseph Stiglitz: "We have a chaotic, uncoordinated system of global governance without global government". (Joseph Stiglitz, *Making globalization work*, London, Penguin books, 2007, p.21). O autor defende a adoção das medidas seguintes: "1) changes in voting structure at the IMF and the World Bank, giving more weight to developing countries; 2) changes in representations (who represents each country); 3) adopting principles of representation; 4) increase transparency (since there is no direct democratic accountability for these institutions; 5) improving accountability; and 6) ensuring a better enforcement of the international rule of law." (Joseph Stiglitz, *Making globalization work*, London, Penguin books, 2007, p.21)

44. Observe-se que: "In some of the general comments, the committee has split the obligation to fulfill into two parts: in obligation to facilitate and an obligation to provide." (David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/ NY, Oxford University Press, 2007, p.184).

45. Katarina Tomasevski, Indicators, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.729 e 732.

econômica e técnica”. A segunda é a previsão do artigo 11 (1), de acordo com a qual os Estados-partes concordam em adotar medidas apropriadas para assegurar a plena realização do direito à adequada condição de vida, reconhecendo para este efeito a importância da cooperação internacional baseada no livre consenso. Similarmente, no artigo 11 (2) os Estados-partes concordam em adotar “individualmente ou por meio de cooperação internacional medidas relevantes para assegurar o direito de estar livre da fome.”⁴⁶

Portanto, em matéria de direitos sociais, o princípio da cooperação internacional merece especial destaque.

Além do sistema global, adicione-se o sistema regional interamericano, ao simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi ratificada por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

No contexto sul-americano, o sistema regional interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, este sistema tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

No que se refere à proteção dos direitos sociais no sistema interamericano, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que entrou em vigor

em novembro de 1999. Uma vez mais, constata-se a ambivalência dos Estados no diverso tratamento conferido aos direitos civis e políticos e aos direitos sociais. Enquanto os primeiros foram consagrados exaustivamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, contando em 2014 com 24 Estados-partes, os segundo só vieram consagrados pelo Protocolo de San Salvador em 1988 – quase vinte anos depois, contando com apenas 16 Estados-partes. A mesma ambivalência há no sistema europeu, em que a Convenção Européia de Direitos Humanos, que prevê exclusivamente direitos civis e políticos, apresenta 47 Estados-partes em 2014, ao passo que a Carta Social Européia apresenta somente 27 Estados-partes.

Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da OEA reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante aos direitos sociais, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura, dentre outros.

Este Protocolo acolhe -- tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -- a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, mediante esforços internos e por meio da cooperação internacional, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a proteção de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e o direitos sindicais, de acordo com o artigo 19, parágrafo 6º.

A Corte Interamericana, por meio de uma interpretação dinâmica e evolutiva, inspirada na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, tem permitido avanços na proteção dos direitos sociais. Tem desenvolvido seu próprio *framework* para a proteção destes direitos, ao consagrar a dimensão positiva do direito à vida, o princípio da progressividade dos direitos sociais (em especial para a proteção de grupos socialmente vulneráveis) e a proteção indireta de direitos sociais.

Aos tratados de proteção dos direitos humanos “strictu sensu”, somam-se os parâmetros protetivos adotados pela OIT. Há que se frisar que, em 1995, a OIT destacou 4 princípios, como de fundamental importância:

46. Philip Alston e Gerard Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the ICESCR*, 9 Human Rights Quarterly 156, 1987, p.186, apud Henry Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, p.1327.

- a) abolição do trabalho forçado;
- b) erradicação do trabalho infantil;
- c) eliminação da discriminação no emprego e na ocupação; e
- d) liberdade de associação e proteção do direito à negociação coletiva.

Em 1998, foi adotada a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, que conclama os Estados a promover a aplicação universal destes 4 princípios.

Para a OIT “trabalho decente é um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho”.

Os quatro eixos centrais da Agenda do Trabalho Decente são:

- 1) a criação de emprego de qualidade para homens e mulheres;
- 2) a extensão da proteção social;
- 3) a promoção e fortalecimento do diálogo social; e
- 4) o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, expressos na Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho da OIT, adotada em 1998:
 - a) Liberdade de associação e de organização sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva⁴⁷;
 - b) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório⁴⁸;
 - c) Abolição efetiva do trabalho infantil⁴⁹; e
 - d) Eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação⁵⁰

47. A respeito, ver Convenção 87, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, e Convenção n. 98, sobre a aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva.

48. Ver Convenção n. 29, sobre trabalho forçado ou obrigatório; e Convenção n. 105, relativa à abolição do trabalho forçado.

49. Ver Convenção n. 138, sobre idade mínima para admissão a emprego; e Convenção 182, sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação.

50. Ver Convenção 100, sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor e Convenção 111, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação

O Comitê DESC, em sua Recomendação Geral n.18, estabelece: “Work as specified in article 6 of the Covenant must be *decent work*. This is work that respects the fundamental rights of the human person as well as the rights of workers in terms of conditions of work safety and remuneration. It also provides an income allowing workers to support themselves and their families as highlighted in article 7 of the Covenant. These fundamental rights also include respect for the physical and mental integrity of the worker in the exercise of his/her employment. (...) States parties are under the **obligation to respect** the right to work by, inter alia, prohibiting forced or compulsory labour and refraining from denying or limiting equal access to decent work for all persons, especially disadvantaged and marginalized individuals and groups, including prisoners or detainees, members of minorities and migrant workers. In particular, States parties are bound by the obligation to **respect the right of women and young persons** to have access to decent work and thus to take measures to combat discrimination and to promote equal access and opportunities. (...) With regard to the obligations of States parties relating to **child labour** as set out in article 10 of the Covenant, States parties must take effective measures, in particular legislative measures, to prohibit labour of children under the age of 16. Further, they have to prohibit all forms of economic exploitation and forced labour of children. States parties must adopt effective measures to ensure that the prohibition of child labour will be fully respected. (...) **Obligations to protect** the right to work include, inter alia, the duties of States parties to adopt legislation or to take other measures ensuring equal access to work and training and to ensure that privatization measures do not undermine workers’ rights. Specific measures to increase the flexibility of labour markets must not render work less stable or reduce the social protection of the worker. The obligation to protect the right to work includes the responsibility of States parties to prohibit forced or compulsory labour by non-State actors. (...) States parties are **obliged to fulfil (provide)** the right to work when individuals or groups are unable, for reasons beyond their control, to realize that right themselves by the means at their disposal. This obligation includes, inter alia, the obligation to recognize the right to work in national legal systems and to adopt a national policy on the right to work as well as a detailed plan for its realization. The right to work requires formulation and implementation by States parties of an employment policy with a

view to “stimulating economic growth and development, raising levels of living, meeting manpower requirements and overcoming unemployment and underemployment”. It is in this context that effective measures to increase the resources allocated to reducing the unemployment rate, in particular among women, the disadvantaged and marginalized, should be taken by States parties”⁵¹.

Neste cenário, destacam-se como desafios centrais à implementação do trabalho decente na região o combate à discriminação no trabalho e a erradicação do trabalho infantil.

1) Combate à discriminação no trabalho

A profunda desigualdade econômica e social que caracteriza a região da América Latina tem como marca a etnicização e a feminização da pobreza. Observa-se que os critérios gênero e raça atravessam os diferentes níveis de reprodução da desigualdade e exclusão social. A pobreza e a desigualdade econômico-social afetam de forma desproporcional as mulheres, as populações afro-descendentes e povos indígenas na região.

Considerando que a identidade das Américas não pode dissociar-se de seu caráter multirracial, pluriétnico, multicultural e pluralista, essencial é demandar dos Estados medidas de prevenção e combate à discriminação no trabalho.

A título ilustrativo, no Brasil os rendimentos das mulheres não brancas chegam a ser 70% inferiores aos rendimentos dos homens brancos e 53% inferiores aos rendimentos das mulheres brancas.

São também 40% inferiores aos rendimentos dos homens não-brancos. Afro-descendentes no Brasil ganham, em média, 40 a 50% a menos do que os brancos. Os homens brancos recebem os melhores salários/rendimentos, seguidos pelas mulheres brancas e homens afro-descendentes, ficando as mulheres afro-descendentes na base dessa pirâmide, com rendimentos significativamente menores.

Na região há ainda uma forte segmentação ocupacional no mercado de trabalho, na medida em que os homens concentram-se nos postos de trabalho dos setores melhor remunerados – as ocupações dos setores industriais e produtivos – enquanto as mulheres desempenham as atividades relacionadas aos serviços pessoais e sociais, associadas aos menores salários.

A respeito da discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, observa a OIT: “Estimaciones recientes sugieren que en el 2010, las economías de América Latina y el Caribe han crecido en su conjunto en 6% respecto al año previo. El resultado de ese proceso fue una caída en la tasa de desempleo que pasó de 8.4% en el promedio de los diez primeros meses de 2009 al 7.6% en igual período de 2010. (...) El aumento del empleo en el sector informal afectó más a las mujeres (9.9%) que a los hombres (5.3%) y las mujeres muestran una inserción laboral más precaria en las actividades por cuenta propia, como trabajadoras familiares auxiliares y en el servicio doméstico, donde las condiciones de protección social y de ingresos suelen ser más adversas. En fin de cuentas, el empleo informal total afectaba en 2010 al 53.8% de los trabajadores en los países citados (Colombia, Ecuador, México, Perú y Panamá) y en el año más reciente el 50.9% de los hombres y el 57.6% de las mujeres sólo accedían a un empleo informal.”

Sobre o grave desemprego que alcança os jovens, lançando-os ao trabalho precário e informal, alerta a OIT: “Sin embargo la juventud sigue mostrando el mayor déficit de trabajo decente, no sólo por la mayor incidencia del desempleo, sino porque es el grupo más afectado por una situación de empleo precario o informal. En el propio sector formal de empresas 6 de cada 10 jóvenes tienen un empleo informal pues no están cubiertos por la seguridad social. La cifra que resume esta realidad dramática en el 2010 es que 82 de cada 100 jóvenes sólo acceden a un empleo informal, ya sea en el sector de empresas formales, informales o de los hogares en el citado grupo de países.”

51. A respeito da economia informal, a Recomendação Geral n.18 do Comitê DESC ressalta: “States parties must take steps to the maximum of their available resources to ensure that the **social security systems cover those persons working in the informal economy**. The informal economy has been defined by the International Labour Conference as “all economic activities by workers and economic units that are – in law or in practice – not covered or insufficiently covered by formal arrangements.” This duty is particularly important where social security systems are based on a formal employment relationship, business unit or registered residence. Measures could include: (a) removing obstacles that prevent such persons from accessing informal social security schemes, such as community-based insurance; (b) ensuring a minimum level of coverage of risks and contingencies with progressive expansion over time; and (c) respecting and supporting social security schemes developed within the informal economy such as microinsurance and other microcredit related schemes. The Committee notes that in a number of States parties with a large informal economy, programmes such as universal pension and health-care schemes that cover all persons have been adopted.”

2) Erradicação do trabalho infantil

De acordo com o relatório da UNICEF *Progress for Children 2009*, estima-se em 150 milhões o número de crianças entre 5 e 14 anos de idade envolvidas em trabalho infantil. Os locais mais comuns para o trabalho infantil são pedreiras, plantações de café e de cana-de-açúcar, mineradoras, mercados de rua e residências – sendo que o trabalho doméstico é realizado especialmente por meninas.

Os dados indicam que o trabalho infantil é mais presente na região da África Subsaariana, que concentra mais de um terço do trabalho infantil do mundo, mas também prevalece em alguns países da Ásia. Os menores índices são encontrados nos países do Centro e Leste Europeu e países da Comunidade dos Estados Independentes (CEI), que concentram apenas 6% do trabalho infantil do mundo.

O relatório revela que 11% do trabalho infantil mundial ocorre na região da América Latina e do Caribe. Contudo, destaca que alguns países apresentaram grande redução nos índices de trabalho infantil ao longo dos últimos anos, mencionando particularmente o Brasil e o México.

Em contrapartida, um estudo do Departamento de Trabalho dos Estados Unidos divulgado em setembro de 2009 aponta o Brasil como o terceiro país, ao lado de Bangladesh, com maior número de setores com produtos feitos a partir de trabalho infantil. Segundo o documento americano, a exploração existe em 11 setores da economia brasileira (como o de calçados, algodão e tabaco), sendo que em dois deles (gado e carvão) o trabalho infantil é cumulado com trabalho forçado. Países como a China, a Argentina e o México estão em posições ligeiramente melhores que o Brasil, enquanto piores classificações só foram atingidas pela Índia, com 19 setores envolvidos no trabalho infantil, e por Burma, com 14.

O trabalho infantil simboliza uma violação a direitos humanos das crianças, sendo causa de outras tantas graves violações a direitos humanos, como o direito à educação (que, como direito de empoderamento, impacta o modo pelo qual os demais direitos são exercidos), dentre outros. É reflexo da exclusão social e da negação a direitos sociais básicos, concentrando-se notadamente nas regiões mais pobres (mais de um terço do trabalho infantil do mundo concentra-se na África Subsaariana). Tem, ainda, o perverso efeito de ser um fator perpetuador da exclusão, da pobreza e da miséria, em afronta ao direito à uma vida digna. A prática do trabalho infantil é

reflexo da desigualdade social e a perpetua, em um perverso ciclo vicioso, ao impedir que crianças alcancem pleno desenvolvimento físico, mental e social, além de destiná-las a tornarem-se adultos com reduzida qualificação e precário grau de inserção no mercado de trabalho.

4. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO SUL-AMERICANO: DESAFIOS DO *IUS COMMUNE*

Considerando os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos, a principiologia aplicável aos direitos sociais e os parâmetros protetivos do sistema global e regional interamericano, transita-se neste tópico ao exame da proteção dos direitos sociais no âmbito sul-americano. O foco central desta análise é identificar estratégias para fortalecer o diálogo global, regional e local na defesa dos direitos sociais, com vistas à pavimentação de um “*ius commune*” sul-americano em matéria de direitos sociais.

A análise da experiência sul-americana de proteção dos direitos sociais demanda sejam consideradas as peculiaridades da região. A América Latina é a região com o mais elevado grau de desigualdade no mundo, em termos de distribuição de renda.⁵² A este elevado grau de exclusão e desigualdade social somam-se democracias em fase de consolidação. A

52. Para o ECLAC: “Latin America’s highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade.” (ECLAC, *Social Panorama of Latin America – 2006*, chapter I, page 84. <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt> (access on July 30, 2010). No mesmo sentido, advertem Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: “(...) In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years.” (Cesar P. Bouillon and Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB “Seminar on Social Cohesion in Latin America,” Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Available at: <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>, accessed on July 26, 2010.

região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Atualmente constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 50, parágrafos 2º e 3º da Constituição Brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

À luz deste contexto, serão destacados 10 (dez) desafios voltados ao fortalecimento do diálogo dos sistemas global e regional com a ordem local, por

meio da incorporação dos parâmetros protetivos internacionais pela ordem local, visando a contribuir para a pavimentação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais no âmbito sul-americano:

1) Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU, da OEA e da OIT

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização, é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Contudo, embora os Estados sul-americanos tenham aderido a um universo significativo de instrumentos internacionais de proteção, resta ainda o desafio de ampliar a base consensual de ratificação do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – que até 2022 contava apenas com 17 Estados-partes – e do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que até 2022 contava apenas com 26 Estados-partes.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados sul-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos sociais, o que se converte em um ponto de partida para a composição de um *“ius commune”*.

2) Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas

supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Logo, é neste contexto – marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados – que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos status hierárquico constitucional.

3) Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade das leis

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a

fim de que realize o controle de convencionalidade. Sobre o tema, instigante estudo de Néstor P. Sagues, acerca da “Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”⁵³, propõe uma classificação baseada em 4 categorias de controle de convencionalidade: a) admissão expressa (com destaque à Argentina); b) admissão tácita (com destaque à Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia); c) silêncio (com destaque ao Equador, Brasil, México e Colômbia); e d) negação tácita (com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável um sentença da Corte Interamericana, encorajando o poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18 de dezembro de 2008 (caso “Apitz Barbera”).

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.⁵⁴

53. Ver “Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano”, encuesta realizada por Néstor P. Sagués, noviembre de 2010. Este estudo foi apresentado no simpósio “Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius commune* latinoamericano”, no Max-Planck-Institute, em Heidelberg, em 25 de novembro de 2010.

54. Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006. A título ilustrativo, em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.153, em 29 de abril de 2010 – que manteve a interpretação de que a lei

O controle de convencionalidade das leis contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatórias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis, otimizando a justiciabilidade dos direitos sociais.

4) Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos sociais

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos sociais, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a formulação de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos sociais.

5) Assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade

Para fortalecer o diálogo entre a ordem internacional, regional e local em matéria de direitos sociais, fundamental é que o marco jurídico constitucional acolha a concepção contemporânea de direitos humanos. Isto é, endosse a visão integral dos direitos humanos, baseada na indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos civis e

políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Fundamental ainda é enfatizar a paridade hierárquica destes direitos.

Em decorrência da visão integral dos direitos humanos, o devido reconhecimento constitucional aos direitos sociais surge como medida imperativa, bem como a previsão de remédios que assegurem a sua proteção, em casos de violação. A proteção aos direitos sociais requer a existência de remédios efetivos voltados à sua garantia, enfatizando a fórmula “there is no right without remedies”. Neste sentido, o papel das Cortes não é o de formular políticas públicas em matéria de direitos sociais, mas o de fiscalizar, supervisionar e monitorar tais políticas considerando os parâmetros constitucionais e internacionais⁵⁵.

Note-se que a própria jurisprudência do Comitê da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o artigo 2º do Pacto, adverte ser dever dos Estados a adoção de medidas que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto – o que estaria a incluir medidas legislativas, administrativas e também judiciais.⁵⁶

Há que se fortalecer a perspectiva integral dos direitos humanos, que tem nos direitos sociais uma dimensão vital e inalienável, aprimorando os

de anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes -- afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro”, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

55. A respeito, merece destaque decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil que consagra o direito à saúde como prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Acrescenta a decisão que “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolva o poder discricionário do Poder Executivo.” (AI 734487, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 03/08/2010, DJe-154, publicado em 20.08.2010). Também merece menção decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, em caso envolvendo a obrigação do Poder Público no fornecimento de medicamentos, com a conclusão de que a reserva do possível não pode opor-se ao mínimo existencial. De acordo com o julgado: “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

56. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sustenta que a expressão “por todos os meios apropriados” deve ser interpretada da forma mais ampla possível, de forma a abranger remédios judiciais (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23).

mecanismos de sua proteção e justiciabilidade, dignificando, assim, a racionalidade emancipatória dos direitos sociais como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

6) Garantir uma prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais

O princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais demanda seja fixada uma dotação orçamentária específica para a implementação de direitos sociais.

A título ilustrativo, a Constituição do Brasil estabelece um percentual da receita proveniente de impostos para a educação e para a saúde, sob pena, inclusive, de intervenção federal, nos termos do artigo 34, inciso VII, “e”. Na Constituição da Colômbia também é estabelecida a prioridade para gastos em educação e saúde no campo orçamentário, nos termos dos artigos 347 e 356 a 357. Na mesma linha, a Constituição do Equador prevê, no campo das finanças públicas, que os recursos para a saúde, educação e justiça são prioritários, nos termos do artigo 286.

Imperioso é fomentar nos textos constitucionais latino-americanos previsões que assegurem dotação orçamentária específica para os direitos sociais, sobretudo a educação e a saúde, em respeito ao princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais consagrado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ratificado por 28 Estados da região⁵⁷. A este princípio soma-se também o princípio da observância do *minimum core obligation*, na medida em que é dever dos Estados prover, ao menos, um núcleo essencial mínimo concernente aos direitos sociais, em defesa da prevalência da dignidade humana.

7) Aplicar indicadores para avaliar a progressividade na aplicação de direitos sociais

Indicadores técnico-científicos capazes de mensurar a progressividade na aplicação dos direitos sociais surgem como uma medida de especial relevância voltada à plena implementação destes direitos.⁵⁸

57. Note-se que, dos 160 Estados-partes do referido Pacto, 28 são Estados membros da OEA.

58. A respeito, consultar o documento “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSSI/doc.2/11, 11 de março de 2011. Ver, ainda, report do UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working

Além de conferir maior rigor metodológico, a utilização de indicadores permite realizar o *human rights impact assessment* em relação às políticas, programas e medidas adotadas pelo Estado, permitindo a *accountability* com relação às obrigações contraídas pelo Estado no âmbito internacional e doméstico. Fomenta, ainda, a geração de dados, estatísticas e informações, que compõe a base sólida para a composição de um preciso diagnóstico sobre a progressividade dos direitos sociais. Fundamental, neste sentido, é gerar dados desagregados compreendendo os critérios de gênero, raça, etnia, idade, orientação sexual, dentre outros – o que permitirá aliar políticas especiais às políticas universalistas.

Por meio da utilização de indicadores é possível identificar avanços, retrocessos e inações dos poderes públicos em matéria de direitos sociais. É condição para compor um diagnóstico preciso do enquadramento das ações e inações públicas no marco dos direitos sociais, permitindo um balanço crítico de programas e medidas implementadas. É a partir de um diagnóstico preciso que também é possível identificar prioridades e estratégias visando ao aprimoramento da realização de direitos sociais, o que poderá compreender uma melhor e mais eficaz interlocução dos Poderes Públicos, mediante arranjos inter-institucionais orientados à plena implementação dos direitos sociais⁵⁹.

8) Impulsionar o componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais

Em matéria de direitos sociais não bastam apenas os resultados, mas também importa o processo

Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators – A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

59. Sobre o tema, destaca-se, a título ilustrativo, audiência pública no Supremo Tribunal Federal do Brasil para debater as questões relativas às demandas judiciais que objetivam prestações de saúde, contando com 49 especialistas, em abril de 2009. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça adotou a resolução n. 107, em 06 de abril de 2010, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Destaca-se também a sistemática de reenvio, mediante a qual, em demandas de alta complexidade e litígios estruturais, cabe ao poder Judiciário identificar os parâmetros jurídicos a serem observados, remanescendo ao poder Executivo avaliar, sob o prisma técnico, a solução concreta a ser dada – o que expressa o diálogo entre os poderes públicos na implementação dos direitos sociais.

de sua realização. No campo da principiologia dos direitos sociais, especial relevância merece o princípio da participação, transparência e *accountability*.

O componente democrático é essencial para a adoção de ações, políticas e programas em direitos sociais. O componente participativo é estruturante aos direitos sociais, de forma a propiciar especialmente a participação dos grupos mais vulneráveis na formulação, implementação e monitoramento destes direitos.

Neste sentido, a Constituição do Brasil assegura a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde, nos termos do artigo 198. A Constituição da Bolívia, no artigo 18, afirma que o sistema único de saúde será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo e com controle social, realçando que os povos indígenas e camponeses têm direito a um sistema de saúde que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais. Por sua vez, a Constituição do Equador enuncia que a prestação de serviços de saúde será regida por princípios de universalidade, solidariedade, interculturalidade, qualidade, eficiência, precaução e bioética, com enfoque de gênero e geracional. Prevê também a Constituição da Colômbia que os serviços de saúde serão organizados com a participação da comunidade, nos termos do artigo 49. A respeito, destaca-se, ainda, emblemática decisão proferida pela Corte Constitucional colombiana (T-760-2008), ao frisar, em caso envolvendo a ampla revisão do sistema geral de seguridade social, que a progressividade dos direitos sociais demanda a existência de programas, ações e políticas públicas orientadas à realização gradativa destes direitos (sendo inaceitável a inação continuada do Estado), com a necessária observância da participação democrática, no processo de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas.

9) Fortalecer o princípio da cooperação internacional em matéria de direitos sociais

Defende este artigo que, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais também demandam não apenas ações, programas e políticas nacionais, mas também assistência e cooperação internacional. O princípio da cooperação internacional encontra respaldo jurídico na Declaração Universal, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador, como já enfocado.

Daí a importância em avançar na arena da cooperação internacional vocacionada à proteção dos direitos sociais, a partir de uma agenda de

prioridades regionais em matéria de direitos sociais.

10) Avançar no diálogo vertical e horizontal de jurisdições

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supra-nacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas sul-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos sociais. Também relevante seria identificar as *best practices* em direitos sociais, estimulando sua adoção, com os ajustes necessários considerando as especificidades e particularidades de cada país.

Por outro, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e standards protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região.

Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, para assegurar a maior efetividade possível aos direitos sociais sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Por fim, se os direitos humanos não são um dado, mas um construído, as violações a estes direitos também o são. As violações, as exclusões, as injustiças são um construído histórico a ser desconstruído. É emergencial assumir o risco de romper com uma cultura que trivializa, naturaliza e banaliza a desigualdade e a exclusão social – especialmente em um contexto regional que ostenta a maior desigualdade do mundo.

Hannah Arendt afirma ser possível modificar pacientemente o deserto com as faculdades da paixão e do agir. Afinal “*if all human must die; each is born to begin*”.⁶⁰

60. Hannah Arendt, *The Human Condition*. Chicago, The University of Chicago Press, 1998. Para a autora: “Fluindo na direção da morte, a vida humana arrastaria consigo, inevitavelmente, todas as coisas humanas para a ruína e destruição, se não fosse a faculdade humana de interrompê-las e iniciar algo novo, faculdade inerente à ação como perene advertência de que os homens, embora devam morrer, não nascem para morrer, mas para começar”. (Hannah Arendt, *A Condição Humana*, trad. Roberto Raposo, 10a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p.258)

A Lei 14.442/2022 e a alteração da disciplina do teletrabalho na consolidação das leis do trabalho

Guilherme Guimarães Ludwig*

RESUMO: Este artigo busca realizar uma breve análise crítica em torno da Lei 14.42/2022, fruto da conversão da Medida Provisória 1.108, que alterou a disciplina do teletrabalho no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho. Embora a regra de urgência tenha expressamente se proposto a “modernizar e garantir com clareza conceitual trabalhista e segurança às relações jurídicas pela modalidade”, trouxe consigo algumas perplexidades a demandar esforço hermenêutico do operador do Direito. O presente estudo tem, como premissas norteadoras, o princípio da proteção do trabalhador e a coerência sistêmica da regulação trabalhista, para a interpretação das novas regras legais.

ABSTRACT: This article seeks to carry out a brief critical analysis around Law 14.42/2022, the result of the conversion of Provisional Measure 1.108, which changed the discipline of teleworking within the scope of the Consolidation of Labor Laws. Although the urgency rule has expressly proposed to “modernize and guarantee with conceptual labor clarity and security to legal relations by modality”, it brought with it some perplexities that demand hermeneutic effort from the operator of Law. The present study has, as guiding premises, the principle of worker protection and the systemic coherence of labor regulation, for the interpretation of the new legal rules.

PALAVRAS-CHAVES: Teletrabalho – Alteração legal – Lei 14.442/2022

KEYWORDS: Telework – Legal amendment – Law 14.442/2022

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inovações permanentes no teletrabalho. 3. Teletrabalho e duração da jornada. 4. Estagiários

e aprendizes. 5. Enquadramento sindical. 6. Aplicação espacial da norma brasileira. 7. Despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial. 8. Empregados com deficiência e com filhos ou criança sob guarda judicial. 9. Conclusões. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A recente Lei 14.442, de 2 de setembro de 2022, reflete a conversão da Medida Provisória 1.108/2022, alterando a Lei 6.321/76 e a Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor sobre o pagamento do auxílio-alimentação e alteração da disciplina do teletrabalho. O presente artigo busca empreender uma breve análise sobre este último aspecto da inovação legislativa.

Embora a legislação trabalhista brasileira nunca tenha sido refratária ao reconhecimento da possibilidade de relação de emprego no trabalho à distância, é certo que a subordinação intermediada pelos meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão apenas foi expressamente reconhecida no parágrafo único do art. 6º da Consolidação, acrescentado pela Lei 12.551/2011. A regulação propriamente dita do teletrabalho chega, no entanto, com as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), suprimindo em parte tal lacuna legislativa de uma disciplina mais específica. Por outro lado, durante a pandemia, foram também editadas normas provisórias para conferir um tratamento diferenciado à matéria, uma das principais alternativas a compatibilizar a manutenção dos postos de trabalho com a política de saúde pública de isolamento social. Parte deste legado da emergência, passa inclusive a ser incorporado à legislação permanente nesta Lei 14.442/2022.

(*) Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Pós-Doutor pela Mediterranean International Centre for Human Rights Research – MICHR, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Juiz do Trabalho na 5ª Região/Bahia, Titular da Cadeira 62 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

Embora a MP 1.108 tenha expressamente se proposto a “modernizar e garantir com clareza conceitual trabalhista e segurança às relações jurídicas pela modalidade”, trouxe consigo algumas perplexidades a demandar esforço hermenêutico do operador do Direito. O presente estudo tem, como premissas norteadoras, o princípio da proteção do trabalhador e a coerência sistêmica da regulação trabalhista, para a interpretação das novas regras legais.

2. INOVAÇÕES PERMANENTES NO TELETRABALHO

A Lei 12.551/2011 alterou o art. 6º da Consolidação, deixando manifesto inicialmente que a mesma lógica aplicável ao trabalho executado no domicílio do empregado dizia respeito também, de forma ampla, a qualquer trabalho à distância. Foi, todavia, ainda além. Ao incluir um parágrafo único no mesmo dispositivo, esclareceu expressamente que a subordinação jurídica do empregado ao seu contratante também pode ocorrer por intermédio dos meios telemáticos e informatizados.

Apesar de não utilizar o termo, este parágrafo adicionado destinou-se especificamente ao teletrabalho, uma das modalidades de trabalho à distância. O vocábulo “tele” vem do grego, que remete à própria ideia de distância. Conforme já argumentamos noutro trabalho, com Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig¹, em que pese esta raiz etimológica, o teletrabalho não alcança tecnicamente todo tipo de trabalho à distância. Não basta a delimitação espacial. É ainda necessário que o labor se realize pelo emprego específico de tecnologias de informação e comunicação, interagindo na própria organização como o serviço é prestado, sua pedra de toque. A questão da delimitação conceitual do teletrabalho, portanto, não envolve indagar propriamente sobre “o que é feito”, mas sim “onde e como é feito”. Em outros termos, não corresponde a uma profissão, mas um modo específico pelo qual ocorre a organização do trabalho realizado à distância.

Na doutrina brasileira, Luciano Martinez² estabelece o teletrabalho como “um conceito de organização laboral por meio do qual o prestador de serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento”. Quando se compara, portanto, com os moldes clássicos de execução nos domínios do estabelecimento patronal, a forte virtualização da presença do empregador é que trará a principal diferenciação, qualquer que seja o local geograficamente dele distante.

A Lei 14.442/2022 alterou parcialmente a regulação do teletrabalho no Brasil, originariamente disposta pela Lei 13.467/2017. Em seus fundamentos, a original MP 1.108 se propunha a “modernizar e oferecer maior clareza conceitual e segurança jurídica às relações trabalhistas regidas pela modalidade, em complemento às inovações já trazidas pela Lei nº 13.467, de 2017”.

Pontue-se apenas, de início, o questionamento da constitucionalidade em termos formais desta medida provisória, uma vez que o tema, em princípio, não parecia exigir a necessária urgência. Observe-se que não se tratava ali, por exemplo, de norma a reger a situação excepcional da pandemia; mas, em princípio, simplesmente alterar regras de caráter permanente, com eficácia imediata, embora sem o necessário e desejável amadurecimento prévio do processo legislativo no Parlamento – o que só ocorreria, conforme o caso, *a posteriori*.

De todo modo, em sua regular tramitação na Câmara dos Deputados, quanto ao teletrabalho, o texto original da MP 1.108 recebeu apenas, ao final, ajustes redacionais, com exceção feita à exclusão da necessidade da prestação de serviços na modalidade de trabalho remoto constar expressamente do instrumento de contrato individual de trabalho (art. 75-C). No Senado Federal, por seu turno, foram rejeitadas todas as emendas ao projeto de conversão em lei. Noutros termos, no que pertine ao teletrabalho – objeto do recorte deste artigo –, a Lei 14.442/2022 veio a refletir basicamente sua norma provisória de origem.

Na disciplina do teletrabalho, o texto legal em comento altera os arts. 62, 75-B e 75-C no texto da Consolidação, além de acrescentar o art. 75-F.

1 LUDWIG, Guilherme Guimarães; LUDWIG, Andrea Barbosa Mariani da Silveira. O teletrabalho e os aspectos evolutivos e precarizantes das novas tecnologias. In: ROCHA, Andrea Presas; LEAL, Érica Ribeiro Sakaki; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio (org.). *Direito do trabalho e tecnologia: aspectos materiais e processuais*. Salvador: Escola Judicial / TRT-5, 2022, pp.70-71.

2 MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*. São Paulo: LTr, 2018, p.88.

3. TELETRABALHO E DURAÇÃO DA JORNADA

Redação Original (Lei 13.467/2017)	Redação atual (Lei 14.442/2022)
Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (...) III - os empregados em regime de teletrabalho	Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (...) III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa.
Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.	Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo. § 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto. § 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa. § 3º Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação. § 4º O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento. § 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, bem como de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações

Redação Original (Lei 13.467/2017)	Redação atual (Lei 14.442/2022)
	de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição ou regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho. (...) § 9º Acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais.

Vale lembrar que, a partir da Lei 13.467/2017, o art. 75-B, acrescentado à Consolidação, trouxe a definição de teletrabalho como sendo a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, pela utilização de tecnologias de informação e de comunicação. Na recente alteração do art. 75-B, inclusive com a adição de diversos parágrafos, porém, o trabalho remoto é tratado como sinônimo de teletrabalho – como o fizeram as normas de emergência na pandemia –, passando aquele a ser também conceituado pela utilização de tecnologias de informação, no que restringe consequentemente seu alcance. Amplia também, por outro lado, o conceito de teletrabalho para alcançar os casos “híbridos”: aqueles em que tal utilização sequer seja preponderante.

Assim, para que seja agora aplicável a disciplina celetista do teletrabalho, basta que alguma parte (ainda que menor) das atividades do empregado seja realizado fora das dependências do empregador, por intermédio dos meios telemáticos e informatizados, exceto nos casos de telemarketing/teleatendimento, porquanto deliberadamente excluídos da conceituação legal. Como bem destaca Gustavo Filipe Barbosa Garcia³, no entanto, o telemarketing e o teleatendimento dizem respeito à função, enquanto o teletrabalho e o trabalho remoto envolvem o regime. Assim, em tese, é perfeitamente possível que

3. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Aplicação de normas sobre jornada no teletrabalho pela Lei 14.442/22. In: *Consultor Jurídico*, 17 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-set-17/barbosa-garcia-normas-jornada-teletrabalho>>. Acesso em: 17/09/2022.

o operador de telemarketing ou de teleatendimento realize a prestação de serviços em regime presencial ou na modalidade de teletrabalho ou trabalho remoto, mas não está mesmo assim alcançado pelo regramento dos art. 75-B e seguintes da CLT.

A norma nova promove também uma relevante transformação normativa, ao passar a distinguir a disciplina do teletrabalho conforme a modalidade de remuneração estipulada, atrelando ineditamente esta regra contratual a reflexos drásticos diretos sobre a jornada de trabalho. Deste modo, se o teletrabalhador tiver seu salário calculado por produção ou tarefa, passa a estar automaticamente enquadrado na nova hipótese do art. 62, III.

Ocorre que não há efetivamente nenhuma incompatibilidade entre a percepção de salário por produção ou tarefa e o direito às horas extraordinárias. O Tribunal Superior do Trabalho tem entendimento pacífico, inclusive, que passa necessariamente por este reconhecimento: “o empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada tem direito à percepção apenas do adicional de horas extras, exceto no caso do empregado cortador de cana, a quem é devido o pagamento das horas extras e do adicional respectivo (OJ-SDI1-235)”.

Ademais, a Constituição Federal garante aos trabalhadores em geral “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” e a “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” (art. 7º, XIII e XVI). Logo, a interpretação salvacionista possível do dispositivo (seja em sua redação atual, seja na anterior), em conformidade com texto constitucional, apenas pode conduzir à conclusão de que se mantém igualmente aqui a idêntica condicionante fática da incompatibilidade com a fixação dos horários de trabalho, em estrita isonomia com qualquer outro trabalhador externo.

Com fundamento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Enunciado 72 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho⁴ pontua que:

71. TELETRABALHO: HORAS EXTRAS.
São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado.

Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, “e”, “g” e “h” do protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT.

Vale dizer, o ponto essencial continua sendo perquirir se há ou não a possibilidade da fiscalização da jornada: uma vez cabível este controle, não há como negar o direito constitucional ao pagamento pelas horas extraordinárias e outras vantagens relacionadas à duração da jornada.

No entanto, na via reversa, o dispositivo pode trazer uma consequência verdadeiramente inusitada, pois, caso o empregado tenha diferentemente seu salário calculado por unidade de tempo, mas não exista como efetivamente fiscalizar sua jornada externa, não são apontados quais critérios objetivos seriam adotados para quantificar eventuais horas extraordinárias. Aliás, relembre-se que é justamente esta impossibilidade concreta de mensuração que exige a compatibilidade constitucional dos incisos I e III do art. 62 da Consolidação. Em uma primeira análise, a solução do impasse pode, por exemplo, ser eventualmente alcançada pela fixação de horas extraordinárias por estimativa, em sede de negociação coletiva, ou ainda pela duração habitual do trabalho com proporcional produtividade de trabalhadores presenciais no estabelecimento.

Noutra passagem, é trazida para a Consolidação a regra emergencial da pandemia, pela qual o tempo de uso dos equipamentos fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição do empregador, acrescentando que tampouco o serão regime de prontidão e de sobreaviso, salvo diante de acordo individual ou norma coletiva em sentido contrário.

Aqui vale lembrar a solução hermenêutica consignada no entendimento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho, pelo qual, se por um lado, “o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso”; por outro, deve ser considerado em sobreaviso aquele empregado que “à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso” (Súmula 428, I e II do TST).

⁴ ANAMATRA. *Reforma trabalhista*: enunciados aprovados – 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) – XIX Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho CONAMAT (2018). Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

Em sendo assim, é evidente que, estando o teletrabalhador na expectativa de poder ser convocado a prestar o trabalho a qualquer hora, a hipótese fática é efetivamente de sobreaviso, na medida em que evidentemente limitado quanto ao pleno gozo do intervalo interjornadas ou do repouso semanal remunerado. São devidas, portanto, as horas de sobreaviso.

A norma assegura ainda que o acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repouso legais. Em princípio, tal dispositivo parece nada acrescentar em termos de regulação trabalhista, uma vez que tal acordo era e é desde sempre permitido no espaço cabível à autonomia privada da vontade das partes, se respeitado o patamar mínimo de direitos.

No entanto, diante da possibilidade remanescente do afastamento das regras relativas à duração do trabalho na Consolidação, pode se entender que a alteração reforça a eventual possibilidade de fixação da jornada, ainda que se trate de salário por produção ou tarefa, sem efetiva possibilidade de fiscalização pelo empregador.

4. ESTAGIÁRIOS E APRENDIZES

Redação Original (Lei 13.467/2017)	Redação atual (Lei 14.442/2022)
(Sem correspondência)	Art. 75-B. (...) § 6º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes.

De igual modo, a Lei 4.442/2022 busca incorporar em caráter permanente a permissão da adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes, cabendo aqui as mesmas críticas cabíveis às Medidas Provisórias 927/2020, 1.046/2021 e 1.109/2020 neste particular.

Quanto aos aprendizes – que ajustam um contrato de trabalho especial com o empregador –, é necessário observar a efetiva compatibilidade com a formação técnico-profissional metódica, referida no art. 428 da Consolidação. Vale dizer, identificar se há a viabilidade de tal formação ocorrer pelos meios telemáticos.

Quanto aos estagiários – cujo termo de compromisso entre o educando e a parte concedente do estágio não gera vínculo de emprego –, seria mais tecnicamente adequado do que tratar como

teletrabalho, dizer tão somente que este aprendizado de competências pode se dar pelos mesmos meios informatizados.

5. ENQUADRAMENTO SINDICAL

Redação Original (Lei 13.467/2017)	Redação atual (Lei 14.442/2022)
(Sem correspondência)	Art. 75-B. (...) § 7º Aos empregados em regime de teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e nos acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado.

Apesar de a Constituição Federal adotar o princípio da liberdade sindical como fundamento maior do Direito Coletivo do Trabalho brasileiro (art. 8º, caput), ela própria o excepciona ao estabelecer o princípio da unicidade sindical, que veda, numa mesma base territorial, a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica (art. 8º, II).

A unicidade, portanto, é uma limitação da representatividade sindical no espaço no qual ocorre a própria prestação de serviço do trabalhador. Ocorre que no teletrabalho, porém, exatamente por se tratar de um trabalho à distância, porque intermediado pelos meios telemáticos e informatizados, é insuficiente observar o local físico em que o trabalhador encontra-se prestando o serviço, que pode ser realizado em qualquer lugar do planeta.

No contexto da denominada Revolução 4.0, que elimina fronteiras para a prestação de serviços, a realidade prática passa a impor a necessidade de uma nova formação para a disciplina das categorias profissional e econômica, o que ganha grande relevância ao se tratar de um trabalho à distância, intermediado pela tecnologia.

Como efetiva inovação de relevo na disciplina, a Lei 14.442/2022 define a base territorial da categoria profissional dos teletrabalhadores, independentemente do local onde instalados os meios telemáticos e de informação. Pelo incluído §7º do art. 75-B da CLT, fica reconhecida assim expressamente a aplicação da norma coletiva correspondente ao local do estabelecimento de lotação do empregado.

6. APLICAÇÃO ESPACIAL DA NORMA BRASILEIRA

Redação Original (Lei 13.467/2017)	Redação atual (Lei 14.442/2022)
(Sem correspondência)	Art. 75-B. (...) § 8º Ao contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional aplica-se a legislação brasileira, excetuadas as disposições constantes da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

A hipótese normativa versa sobre o teletrabalhador contratado no Brasil para prestar serviço em país estrangeiro. Quando se trata da aplicação espacial do Direito do Trabalho, tem-se, por regra geral, que a relação laboral é disciplinada pelo local da prestação de serviços (*lex loci executionis*).

A Lei 7.064/82, no entanto, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior dispõe que, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços, o empregador deve assegurar os direitos previstos no primeiro diploma, bem como a “aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria (art. 3º, II)”.

No âmbito dos desafios emergentes da regulação do teletrabalho em sua relação espacial, a nova Lei traz este dispositivo que trata especificamente da questão do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional, determinando a aplicação da legislação brasileira, com exceção da referida Lei 7.064/82, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Em descompasso com a coerência sistêmica em torno da tutela do trabalho, é retirada, portanto, a condicionante fundamental de que esta aplicabilidade apenas ocorresse quando mais favorável do que a legislação externa. De todo modo, como a nova regra faz referência expressa e limitante à “opção do empregado”, parece clara a possibilidade de aplicação da norma mais favorável, vale dizer, da Lei 7.064/82, diante da hipótese (inversa) de iniciativa patronal, quando não houver a referida opção. Neste caso,

portanto, é cabível a eventual incidência de legislação estrangeira mais vantajosa à tutela do trabalho.

7. DESPESAS RESULTANTES DO RETORNO AO TRABALHO PRESENCIAL

Redação Original (Lei 13.467/2017)	Redação atual (Lei 14.442/2022)
Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. (...)	Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do instrumento de contrato individual de trabalho. (...) § 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese de o empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes

A Lei 13.467/2017 disciplinou que, havendo mútuo acordo entre as partes, pode ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho. Por outro lado, por determinação do empregador, poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial, desde que garantido um prazo de transição mínimo de quinze dias (§§1º e 2º do art. 75-C da CLT).

Com a Lei 14.442/2022, em caso de opção do empregado pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, dentro ou não do Brasil, a nova regra diz que ele ficará responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, salvo disposição das partes em contrário.

Ocorre que, ainda que se trate de iniciativa originária obreira, o empregador terá concordado com a respectiva alteração do contrato de emprego. A interpretação sistêmica da norma não pode conduzir a um nítido destoamento do art. 2º da Consolidação, que define o empregador como aquele que assume os riscos da atividade econômica, devendo assim arcar com os custos para viabilizar a estrutura necessária ao desempenho do trabalho.

É certo que, no teletrabalho, os meios telemáticos e informatizados são ferramentas essenciais

e necessárias para a própria realização da prestação de serviço, da mesma forma que o maquinário se configura, por exemplo, para o empregado que trabalha presencialmente em uma indústria. Ao assumir os riscos da atividade econômica, inclusive por força da legislação trabalhista em vigor, o empregador chama para si evidentemente também esta obrigação de provimento (aquisição, manutenção e fornecimento), da mesma forma que no caso do ressarcimento pelas despesas efetuadas pelo empregado durante e em decorrência da execução dos serviços, ainda que tendo partido do empregado a proposta de realização do teletrabalho fora da localidade constante do contrato.

8. EMPREGADOS COM DEFICIÊNCIA E COM FILHOS OU CRIANÇA SOB GUARDA JUDICIAL

Redação Original (Lei 13.467/2017)	Redação atual (Lei 14.442/2022)
(Sem correspondência)	Art. 75-F. Os empregadores deverão dar prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou criança sob guarda judicial até 4 (quatro) anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto.

A nova norma traz a regra tutelar que confere prioridade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade, o que vem ao encontro de um imperativo de sua inclusão no mercado de trabalho.

Cabe a crítica, entretanto, que o dispositivo apresenta uma restrição injustificável, em termos do princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), em relação aos pais de pessoas com deficiência, cuja necessidade de cuidados especiais não estão restritos, na maioria das vezes, a nenhuma limitação de ordem etária. Reclama, assim, um tratamento análogo que os inclua na ordem prioritária sem condicionamento à idade do dependente.

Não há dúvida, por outro lado, que o teletrabalho mostra-se ajustado a permitir, em segurança, a consecução das atividades e tarefas do empregado à distância do ambiente de trabalho, o que pode

favorecer a acessibilidade da pessoa com deficiência. Por evidente, todavia, o teletrabalho não deve promover a invisibilidade ou o isolamento da pessoa com deficiência.

Em que pese a inexistência de uma regra expressa específica no direito brasileiro, a interpretação sistemática da Constituição Federal, a partir dos princípios da dignidade humana e da adequação razoável, conduz ao dever do empregador de impedir que a circunstância do trabalho ocorrer fora das instalações físicas da empresa se torne causa de segregação em geral dos trabalhadores e especialmente do trabalhador com deficiência, criando mecanismos garantia de necessária inserção social no ambiente laboral.

Quando se trata de meio ambiente de trabalho, há um papel muito mais complexo e proativo do empregador, no sentido da preservação da saúde e da integridade do trabalhador, com todas as medidas e providências cabíveis. A prevenção exigida alcança tanto os danos físicos, quanto os psicossociais, inclusive, na espécie, o risco adicional que as pessoas com deficiência podem enfrentar no trabalho remoto, que diz respeito à invisibilidade e ao isolamento.

9. CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, percebe-se que a Lei 14.442/2022, ao alterar em parte a regulação do teletrabalho, trouxe novos desafios interpretativos para sua correta aplicação de fora coerente com o arcabouço normativo que normatiza as relações de trabalho no Brasil, especialmente aqui considerada a Constituição Federal. Deste modo, é possível concluir que:

1. Ainda que se trate de salário por produção e especialmente considerando os arts. 7º, XIII e XVI da Carta Magna, a interpretação em conformidade com o texto constitucional dos arts. 62, III e 75-B, §3º da CLT conduz à necessidade de verificação da incompatibilidade com a fixação dos horários do teletrabalhador, em estrita isonomia com qualquer outro trabalhador externo: perquirir se há ou não a possibilidade da fiscalização da jornada, para afastar as regras celetistas pertinentes à duração da jornada.

2. Ao revés, caso se trate de salário calculado por unidade de tempo e seja impossível a fiscalização da jornada de trabalho, a solução fática para permitir o cálculo das horas extraordinárias devidas no caso concreto pode ser eventualmente alcançada pela sua fixação por estimativa, em sede de

negociação coletiva, ou ainda pela duração habitual do trabalho com a proporcional produtividade de trabalhadores presenciais no estabelecimento.

3. Ao eliminar fronteiras para a realização da prestação de serviços pelo trabalhador, a realidade prática, pautada pela Revolução 4.0, passa a impor a necessidade de uma nova formatação para a disciplina das categorias profissional e econômica, tendo a Lei 14.442/2022 definido a base territorial da categoria profissional dos teletrabalhadores independentemente do local onde instalados os meios telemáticos e de informação.

4. No caso do teletrabalhador contratado no Brasil para prestar serviço em país estrangeiro, é possível a aplicação da Lei 7.064/82 diante da hipótese de iniciativa patronal na transferência, cabendo assim a eventual incidência de legislação estrangeira mais vantajosa à tutela do trabalho.

5. Ainda que tenha havido opção do empregado pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, o empregador terá necessariamente concordado com a respectiva alteração do contrato de emprego, devendo assim arcar com os custos para viabilizar a estrutura necessária ao desempenho do trabalho.

6. Ao tratar do teletrabalho ou trabalho remoto prioritário aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade, há restrição injustificável em relação aos pais de pessoas com deficiência, cuja necessidade de cuidados especiais não estão restritos, na maioria das vezes, a nenhuma limitação de ordem etária. Reclama, assim, em respeito ao princípio constitucional da isonomia

(CF, art. 5º, *caput*), um tratamento análogo que os inclua na ordem prioritária sem condicionamento à idade do dependente.

7. Quando se trata de meio ambiente de trabalho, há um papel muito mais complexo e proativo do empregador, no sentido da preservação da saúde e da integridade do trabalhador, com todas as medidas e providências cabíveis. A prevenção exigida alcança tanto os danos físicos, quanto os psicossociais, inclusive o risco adicional que as pessoas com deficiência podem enfrentar no trabalho remoto, que diz respeito à invisibilidade e ao isolamento.

10. REFERÊNCIAS

- ANAMATRA. *Reforma trabalhista*: enunciados aprovados – 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) – XIX Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho CONAMAT (2018). Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Aplicação de normas sobre jornada no teletrabalho pela Lei 14.442/22. In: *Consultor Jurídico*, 17 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-set-17/barbosa-garcia-normas-jornada-teletrabalho>>. Acesso em: 17/09/2022.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães; LUDWIG, Andrea Barbosa Mariani da Silveira. O teletrabalho e os aspectos evolutivos e precarizantes das novas tecnologias. In: ROCHA, Andrea Presas; LEAL, Érica Ribeiro Sakaki; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio (org.). *Direito do trabalho e tecnologia*: aspectos materiais e processuais. Salvador: Escola Judicial / TRT-5, 2022, pp.69-89.
- MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista* – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada. São Paulo: LTr, 2018.

Precarização social do trabalho de profissionais da enfermagem na pandemia COVID-19¹

Social precariousness in the work of nursing professionals during the pandemic COVID-19

Lawrence Estivalet de Mello*

Clarissa Maçaneiro Viana**

Alexandra Maciel Veiga***

RESUMO: Neste artigo, analisam-se efeitos da reestruturação neoliberal e da regulamentação trabalhista no país, com estudo concreto sobre profissionais de enfermagem. O problema de pesquisa é delimitado pela existência de relação entre o perfil de trabalhadores(as) da enfermagem, suas condições de trabalho, em especial durante a pandemia de COVID-19, e incidência aprofundada de políticas neoliberais na regulação trabalhista nesta área. A partir da análise de dados secundários, são apresentados o perfil de profissionais de enfermagem, suas condições de trabalho, as espoliações contratuais perpetradas com a contrarreforma trabalhista (seção 1). Com exame do cenário da pandemia covid-19, expõem-se resultados de pesquisa bibliográfica e documental, que permitiu a análise de condições de trabalho em decisões judiciais

(seção 2). A partir de tal abordagem, foi possível conhecer elementos da precariedade vivenciada por este setor da classe trabalhadora no período recente.

PALAVRAS-chave: precarização social do trabalho; profissionais da enfermagem; espoliação contratual; covid-19; reestruturação neoliberal.

ABSTRACT: In this article, the effects of neoliberal restructuring and labor regulation in Brazil are analyzed, with a concrete study of nursing professionals. The research problem is delimited by the existence of a relationship between the profile of nursing workers, their working conditions, especially during the COVID-19 pandemic, and the in-depth incidence of neoliberal policies in labor regulation in this area. Based on the analysis of secondary data, the profile of nursing professionals, their working conditions, the contractual spoliation perpetrated with the labor counter-reform (section 1) are presented. Considering the scenario of the covid-19 pandemic, results of bibliographic and documentary research are exposed, which allowed the analysis of working conditions in judicial decisions (section 2). It was possible to know elements of the precariousness experienced by this sector of the working class in the recent period.

KEYWORDS: social precariousness of work; nursing professionals; contractual spoliation; Covid-19; neoliberal restructuring

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Composição social e modalidades de contratação de profissionais de enfermagem. 3. Efeitos da pandemia nas condições de trabalho e suas repercussões jurídicas. 4. Considerações finais. 5. Referências.

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FD/UFBA) e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA (Mestrado e Doutorado). Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Bacharel em Direito (UFPEL) e em Filosofia (UFPR). Pesquisador Associado ao CRH/UFBA (Centro de Estudos e Pesquisas em Humanidades), ao Grupo Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TTDPS, FD/UFBA) e ao Grupo Trabalho, Precarização e Resistências (CRH/UFBA). Integra a ABET, a REMIR, a RENAPEDTS e a CLACSO. E-mail: <lawrence.emello@gmail.com>.

(**) Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho da 9ª Região (EMATRA-9). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. E-mail: <clarissa.viana1@gmail.com>.

(***) Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA. Bacharel em Direito (UFPR) e graduanda em Ciências Sociais pela UFBA. Integrante do Grupo Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TTDPS, FD/UFBA). Advogada trabalhista. E-mail: alexandramacielveiga@gmail.com.

1. Este artigo foi publicado, originalmente, no livro "Direito e Processo do Trabalho: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção", organizado pelo professor Edilton Meireles. Para mais detalhes, consultar: MELLO, Lawrence Estivalet de; VIANA, Clarissa Maçaneiro.; VEIGA, Alexandra Maciel. Precarização social do trabalho de profissionais da enfermagem na pandemia de COVID-19. In: Edilton Meireles. (Org.). *Direito e Processo do Trabalho: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção*. 1ed. Salvador: Pagnae, 2021, v. 1, p. 671-688.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil de março de 2021, quando este artigo é finalizado, mais de dezenove unidades da Federação têm ocupação de leitos de UTI (Unidades de Terapia Intensiva) acima de 80%², devido à pan-

2. Descreve o Boletim Observatório COVID-19, da Fundação Fiocruz, sobre março de 2021: "(...) verifica-se em todo o país o agravamento simultâneo de diversos indicadores,

demia do novo coronavírus. A superlotação de hospitais é expressão numérica de uma realidade de trabalho que expõe profissionais da saúde a uma alta incidência de COVID-19 e, também, a outros fatores de adoecimento: “(...) [tem-se observado] o aumento do número de casos de insônia, ansiedade e depressão, entre outros problemas, em situação comparável àquelas relatadas em períodos de guerra”³.

Este trabalho se ocupa de estabelecer conexões entre o perfil dos profissionais de enfermagem, com o exemplo do estado da Bahia, e a incidência de políticas neoliberais sobre a regulação trabalhista no país. Expõem-se resultados de pesquisa bibliográfica e documental, que permitiu a análise de condições de trabalho em decisões judiciais, com objetivo de fornecer visibilidade ao que vive este setor da classe trabalhadora no período recente.

2. COMPOSIÇÃO SOCIAL E MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM

Esta seção tem por objetivo examinar a precarização social do trabalho de profissionais de enfermagem, a partir da análise de indicadores do perfil destas trabalhadoras(es), em especial no estado da Bahia, e do exame da forma de contratação predominante na cidade de Salvador/BA. Com base no exame de dados secundários e na revisão bibliográfica pertinente, são realizadas reflexões sobre a relação entre discriminação, violência laboral e terceirização dos contratos laborais.

Pessoas que trabalham com cuidado e trabalhadoras(es) da saúde são parcelas da classe trabalhadora formadas, substancialmente, por mulheres e por pessoas negras. No estado da Bahia, 82,3% dos trabalhadores da saúde são negras(os) e 87,2% são mulheres, conforme Perfil da Enfermagem,

elaborado pelo Conselho Federal da Enfermagem⁴. A expressividade dos dados revela a imbricação entre classe, gênero e raça no processo de precarização do trabalho de enfermeiras(os) e técnicas(os), no sentido indicado por Heleieth Safiotti⁵.

Um dos aspectos desta relação pode ser observado na regulação de alguns tipos de atividade, como aponta Regina Stella Corrêa Vieira: “(...) a desvalorização do cuidado é parte de um programa sistêmico de exploração do trabalho e manutenção do sexismo e do racismo”⁶. No campo juslaboral, trata-se de observar em categorias teóricas, como fizeram Pereira e Nicoli, os “(...) fundamentos coloniais, raciais, de gênero e sexualizados da regulação trabalhista e social moderna”⁷, constitutivos dos modos de produzir, ser e conhecer de pessoas que trabalham.

A democracia restrita brasileira, combinada às políticas neoliberais do período recente, crescentemente desafia o sentido moderno de proteção social prometido pela teoria do contrato de trabalho, em especial para setores discriminados da classe trabalhadora. Expandem-se ilegalidades, mesmo em contratos de emprego regulares, com impacto discriminatório, como discutiu Mello sob a denominação contratualidades espoliativas⁸.

Nessa perspectiva e em observação às hostilidades contratuais vigentes, pesquisa da Fundação Fiocruz, a pedido do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN), traçou em 2013 o perfil da equipe de enfermagem no Brasil, a partir de plano amostral sobre enfermeiros(as), técnicos(as) e auxiliares de enfermagem. Conforme os dados coletados no estado da Bahia, projetou-se que 70.392 sofrem “desgaste” no ambiente de trabalho (67,1%), 12.484, discriminação no ambiente de trabalho (11,9%); 18.392, existência de sofrimento no ambiente de trabalho

como o crescimento do número de casos, de óbitos, a manutenção de níveis altos de incidência de SRAG, alta positividade de testes e a sobrecarga de hospitais”. FUNDAÇÃO FIOCRUZ. Boletim Observatório COVID-19, 2021. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-03.pdf. Acesso em: 05.03.2021.

3. FUNDAÇÃO FIOCRUZ. *Mais de mil mortes diárias de COVID-19 – o novo normal?*, 04.03.2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/mais-de-mil-mortes-diaras-de-COVID-19-o-novo-normal>. Acesso em: 05.03.2021.

4. FUNDAÇÃO FIOCRUZ; COFEN. Perfil da Enfermagem, 2013. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/perfil-enfermagem/index.html>. Acesso em 28.02.2021

5. SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. Expressão popular, Fundação Perseu Abramo: São Paulo, 2ª edição, 2015, p. 115.

6. VIEIRA, Regina Stella Corrêa. Cuidado, crise e os limites do direito do trabalho brasileiro. *Revista Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, v. 11, 2020, p. 2536.

7. PEREIRA, Flávia Souza Máximo; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os segredos epistêmicos do direito do trabalho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*: Brasília, v. 10, n. 2, p.519-544, 2020, p. 521.

8. MELLO, Lawrence Estivalet de. *Crise do Contrato de Trabalho e Ilegalidades Expandidas*. 2020. 454 f. Tese (Doutorado em Direito): Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

(17,5%). As principais formas de violências sofridas são a institucional (21%) e a psicológica (65,6%); as principais formas de discriminação no ambiente laboral são de gênero (43,2%) e de raça (35%).⁹

A corrosão das condições materiais de vida de trabalhadoras/es da saúde está diretamente relacionada à reestruturação do Estado brasileiro e à necessidade de maior sujeição do trabalho ao capital, o que se realiza mediante uma racionalidade jurídica sacrificial, em atenção aos efeitos da crise estrutural do capital¹⁰.

A ampliação de hibridismos contratuais representa a crescente de uma normalidade legal em que se pode ler um avanço do capital sobre o tempo de vida, corpos e a expectativa de futuro de trabalhadoras(os)¹¹, observada aqui, concretamente, no setor de saúde. As contradições sistêmicas fundamentais são tratadas pelo capital com a sujeição maior de adversários de classe, no preciso sentido estabelecido por Mészáros, mediante “[a imposição de] imperativos repressivos da dominação de classe intensificada do capital”¹².

Bem assim, é possível observar estes deslocamentos da dominação de um ponto de vista mais concreto, mediante o exame, prolongado no tempo, das formas de contratação laboral em determinada localidade. Para os objetivos deste texto, optou-se por analisar a área da saúde na cidade de Salvador/BA, a partir dos dados coletados pelo Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES)¹³, tabulados pelas(os) autoras(es) deste texto.

Examinaram-se formas de contratação de instituições de saúde (públicas e privadas) voltadas para atendimento ao Sistema único de Saúde (SUS),

nos meses de novembro dos anos de 2016, 2017 e 2020. As formas de contratação coletadas nos bancos de dados do SCNES seguem o parâmetro de classificação indicado na Portaria n. 1.130/2017 do Ministério da Saúde¹⁴, o qual foi observado para construção das tabelas abaixo, em que se apresentam as principais modalidades de contratação. Desde logo, para melhor entendimento, indica-se que a expressão “*Intermediado celetista*” corresponde aos trabalhadores terceirizados, conforme definido pela norma anteriormente indicada: “(...) trabalhador intermediado vinculado a empregador pessoa jurídica de natureza privada ou pessoa física, por contrato de trabalho regido pela CLT, por prazo indeterminado”¹⁵.

Com base na análises dos dados, é possível: refletir sobre a precarização das relações de trabalho neste setor e sua processualidade no tempo; observar crescente alteração nas formas de contratação, com possível impulso pela contrarreforma trabalhista em 2017; comparar índices de trabalhadores(as) terceirizados(as), pejetizados(as) e com vínculo empregatício/estatutário direto com o estabelecimento de saúde.

Com relação às modalidades contratuais pactuadas com enfermeiras(os), observa-se uma ampliação do número absoluto de trabalhadores(as) em novembro de 2020, em relação a 2016. No mesmo período, resta delineado o avanço da modalidade de contratação terceirizada, conforme a categoria “Intermediado Celetista”:

9. FUNDAÇÃO FIOCRUZ; COFEN. *Perfil da Enfermagem*, 2013. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/perfilenfermagem/index.html>. Acesso em 28.02.2021.

10. GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. *Autonomia Contratual e Razão Sacrificial: Neoliberalismo e Apagamento das Fronteiras do Jurídico*. *Revista Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, 2020, v. 11, n. 4, p. 2241.

11. MELLO, Lawrence Estivalet de. *Crise do Contrato de Trabalho e Ilegalidades Expandidas*. 2020. 454 f. Tese (Doutorado em Direito): Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020, p. 416.

12. MÉSZÁROS, Istvan. *Estrutura social e formas de consciência II – A dialética da estrutura e da história*. Boitempo: São Paulo, 2011, p. 25.

13. BRASIL. Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – SCNES. Disponível em: <http://cnes.datasus.gov.br/>. Acesso em: 28.02.2021.

14. BRASIL. Portaria nº 1.130 de 11 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.cosemsrn.org.br/wp-content/uploads/2017/05/portaria1130.pdf>. Acesso em: 28.02.2021. Também, para facilitar a análise dos dados tabulados, apresenta-se explicação extraída da referida norma para classificação das principais modalidades de contratação na análise dos fenômenos da terceirização e pejetização: “*Intermediado celetista*” é o “Trabalhador intermediado vinculado a empregador pessoa jurídica de natureza privada ou pessoa física, por contrato de trabalho regido pela CLT, por prazo indeterminado”; “*Intermediado autônomo*” é o “trabalhador sem vínculo empregatício com o contratante intermediador, proprietário/sócio de empresa privada” ou “contratado para prestação de apoio técnico/serviços com objetivos específicos durante determinado prazo”; “*Autônomo com pessoa jurídica*” é o trabalhador “sem vínculo empregatício com seu contratante, proprietário/sócio de empresa privada”; “*Autônomo como pessoa física*” é o trabalhador “sem vínculo empregatício, contratado para prestação de apoio técnico/serviços com objetivos específicos durante determinado prazo”.

15. Idem.

Tabela 1 – Formas de contratação de enfermeiras/os (2016, 2017, 2020)

ENFERMEIRAS/OS									
Mês/Ano	Autô-nomo com PJ	Autô-nomo como pes-soa física	Interme-diado autô-nomo	Interme-diado celetista	Interme-diado – contrato temporário	Contrato CLT/esta-tutário/em-pregado público	Contrato de emprego por prazo deter-minado	Informal (vo-luntariado ou contratado verbalmente	Total geral de traba-lhadores ligados ao SUS
11.2016	3	60	4	759	359	3.860	198	–	5.401
11.2017	3	60	6	813	482	3.998	212	24	5.774
11.2020	6	56	105	3.575	51	4.179	405	9	8.625

Fonte: elaborada pelos autores(as), a partir de dados do SCNES.

A partir da tabulação, constata-se a crescente no número de contratações na modalidade “Intermediado Celetista” em 439,7%, se comparados os dados entre os meses de novembro de 2017 e 2020.

No que concerne a técnicas(os) em enfermagem, observa-se o aumento do número absoluto de contratações e a explosão de contratos na modalidade de “Intermediado Celetista”:

Tabela 2 – Formas de contratação de técnicas/os de enfermagem (2016, 2017, 2020)

TÉCNICAS/OS EM ENFERMAGEM									
Mês/Ano	Autô-nomo com PJ	Autô-nomo como pessoa física	Interme-diado autô-nomo	Interme-diado celetista	Interme-diado – contrato temporário	Contrato CLT/esta-tutário/em-pregado público	Contrato de emprego por prazo deter-minado	Informal (vo-luntariado ou contratado verbalmente	Total geral de traba-lhadores ligados ao SUS
11.2016	2	10	10	1.677	534	6.152	293	–	8.862
11.2017	2	12	14	1.719	674	6.318	376	–	9.332
11.2020	–	15	76	6.865	35	6.892	655	4	14.852

Fonte: elaborada pelos autores(as), a partir de dados do SCNES.

Conforme tabela, é possível verificar o aumento de 399,36% na modalidade de contratação “Intermediado Celetista”, em comparação dos dados entre os meses de novembro de 2017 e 2020.

Ainda, a partir da análise quantitativa das contratações das categorias de profissionais da saúde, é possível observar um aumento do número de trabalhadoras(es), em que pese a exponencial precarização nas formas de contratação. Tal ocorrência pode ser compreendida a partir da “economização do direito”: “(...) que incita trabalhadores e trabalhadoras a uma “razão sacrificial” exercitada por meio de contratos. O resultado dessas operações jurídicas é a perda de direitos em nome da maior eficiência econômica.”¹⁶

Essa perspectiva confere sentido ao pronunciamento do atual Presidente da República, no sentido de que “o trabalhador terá que escolher entre mais direito e menos emprego, ou menos direito

e mais emprego”¹⁷. Diante da intensa alteração da forma contratual, convém indicar que há uma indissociabilidade entre o fenômeno da terceirização e a degradação do trabalho em todos os seus segmentos¹⁸: “(...) nas más condições de trabalho, nos baixos salários, na piora das condições de saúde, nos maiores índices de acidentes e na vulnerabilidade política dos trabalhadores que, dispersos e fragmentados, têm dificuldades para se organizar coletivamente”¹⁹.

Tais fatores em contexto de pandemia de coronavírus são intensificados, expondo trabalhadoras/es da saúde a contaminação e letalidade.

16. GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Autonomia Contratual e Razão Sacrificial: Neoliberalismo e Apagamento das Fronteiras do Jurídico. *Revista Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, 2020, v. 11, n. 4, p. 2242.

17. UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Bolsonaro diz no JN que trabalhador terá de escolher entre direitos e emprego. *Infomoney*, 28.08.2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7589379/bolsonaro-diz-no-jn-que-trabalhador-tera-de-escolher-entre-direitos-e-emprego>. Acesso em 28.02.2021.

18. DRUCK, Graça. et al. A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. In: *Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*/ Organizador: André Gambier Campos. – Brasília: Ipea, 2018, p. 116.

19. Idem

São alarmantes os dados apresentados pelo Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) quanto à mortalidade por coronavírus. Até 07.03.2021, havia no Brasil 648 mortes de profissionais de enfermagens reportadas, com índice de letalidade em 2,31%²⁰.

Ainda, até 26.02.2021, foram confirmados 42.158 (6,56%) casos de infecção em profissionais de saúde somente no estado da Bahia, conforme Boletim Epidemiológico²¹.

O elevado número de contágio está diretamente relacionado à contaminação em ambiente laboral e as precárias condições de saúde das(os) trabalhadoras(es) da saúde. De acordo com o Relatório de Monitoramento de Trabalhadoras e Trabalhadores em Enfermagem com Suspeita ou Confirmação da COVID-19²², realizado pelo Comitê de Enfermagem para Enfrentamento da COVID-19 na Bahia, por meio da aplicação de 276 enquetes com profissionais da área no período entre 03.04.2020 a 28.05.2020, denota-se as principais possíveis formas relatadas de contaminação estavam relacionadas à interação com colegas e setores do trabalho e na assistência a pacientes (70,6%). Também, importante indicar que nesta última forma de contato, houve o relato especialmente de:

Ausência de equipamentos de proteção individual (EPIs) adequados no momento da contaminação, incluindo a não utilização destes na assistência a pacientes que não eram suspeitos, mas que depois positivaram nos exames para COVID-19; a exposição em campanhas de vacina, na coleta de exames diagnósticos, no acolhimento com classificação de risco e na assistência à parada cardiorrespiratória (PCR)²³.

A partir dos relatos coletados, constata-se as péssimas condições de trabalho em que as(os) profissionais de saúde estão sendo submetidos(as) durante a pandemia, o que dá corpo ao alto índice de contaminação e mortalidade anteriormente indicados.

3. EFEITOS DA PANDEMIA NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

A pandemia do novo coronavírus implicou na precarização generalizada das condições de trabalho, acompanhada da alta dos índices de desemprego a patamares recordes, fatores que, combinados, acentuaram o rebaixamento das condições de reprodução da vida dos brasileiros no período. Em pesquisa do Datafolha realizada em agosto de 2020, apontou-se que 46% dos brasileiros afirmaram ter tido redução na renda familiar em razão da pandemia, conquanto apenas 9% relataram o aumento desta²⁴.

Enquanto a uma parcela dos trabalhadores foi possibilitada a realização do teletrabalho, em função da recomendação de distanciamento social para reduzir a contaminação pelo coronavírus, a grande maioria não contou com essa faculdade. Segundo estudo desenvolvido pelo IPEA, apenas 9,1% da força de trabalho brasileira atuou de forma remota durante a pandemia,²⁵ sendo que 84% destes encontravam-se no setor formal. Não por acaso, os trabalhadores do setor informal foram os que estiveram mais expostos ao vírus, posto que em momento algum teve a possibilidade de efetivamente praticar o distanciamento social, especialmente nos momentos de pico do número de internamentos e mortes pela doença.

Outrossim, outra parcela da população que não teve a possibilidade de trabalhar remotamente foram os profissionais da saúde. A pandemia trouxe impactos significativos no segmento, aprofundando as clivagens que já vinham se desenhando no período anterior.

Os trabalhadores terceirizados, que sempre tiveram média salarial inferior àqueles diretamente contratados pela tomadora de serviços²⁶ e

20. COFEN. Observatório da Enfermagem, 07.03.2021. Disponível em: <http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br/>. Acesso em: 07.03.2021.

21. BRASIL. Boletim Epidemiológico do Estado da Bahia, 26.02.2021. Disponível em: http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2021/02/BOLETIM_ELETRONICO_BAHIAN_339__26022021.pdf. Acesso em: 28.02.2021.

22. BRASIL. *Relatório de Monitoramento de Trabalhadoras e Trabalhadores em Enfermagem com Suspeita ou Confirmação da COVID-19, 2021*. Disponível em: <https://seeb.org.br/monitoramento-de-trabalhadoras-e-trabalhadores-em-enfermagem-com-suspeita-ou-confirmacao-da-COVID-19-na-bahia/>. Acesso em: 28.02.2021.

23. Idem

24. G1. Datafolha: 46% dos brasileiros dizem ter tido redução na renda familiar por causa da pandemia. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/20/data-folha-46percent-dos-brasileiros-dizem-ter-tido-reducao-na-renda-familiar-por-cao-da-pandemia.ghtml>. Acesso em: 04.03.2021.

25. IPEA. O trabalho remoto e a pandemia: o que a PNAD COVID-19 nos mostrou. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2021/02/o-trabalho-remoto-e-a-pandemia-o-que-a-pnad-covid-19-nos-mostrou/>. Acesso em: 03.03.2021.

26. Sobre o tema, ver COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015; MARCELINO, Paula. *Trabalhadores terceirizados e a luta sindical*. Curitiba: Editora Appris, 2013, entre outros.

sofreram mais com as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 (conhecida como reforma trabalhista) e a Lei 13.429/2017 (que alterou a lei do trabalho temporário a fim de ampliar as possibilidades de terceirização), também estiveram massivamente presentes dentre os que permaneceram trabalhando em atividades essenciais durante a pandemia. Como trazido pela professora e pesquisadora Graça Druck em recente entrevista,²⁷ os terceirizados são enfermeiros, técnicos em enfermagem e médicos nos hospitais e UPAs [Unidades de Pronto Atendimento], trabalhadores nos serviços de limpeza, recepção e segurança nos bancos e hospitais. Com o corte de recursos em empresas e mesmo no setor público, foram os primeiros a serem dispensados, e no caso dos serviços essenciais, são os que exercem muitas vezes a profissão em condições mais precárias, sem contarem com o fornecimento de equipamentos de proteção individual suficiente para a atenuação dos riscos. Na saúde, de acordo com pesquisas recentes do IBGE, o número de estabelecimentos geridos por Organizações Sociais, forma usual de terceirização no setor, cresceu 76% entre 2004 e 2018.²⁸

Inúmeras foram as denúncias envolvendo tanto trabalhadores diretos como terceirizados relativas às más condições de trabalho e ausência de fornecimento de equipamentos de proteção durante a pandemia de COVID-19. Em levantamento feito pela Internacional de Serviços Públicos em abril de 2020, 45% dos profissionais de saúde relatavam não ter máscara de proteção fornecida pela unidade onde trabalhavam, e, dos que receberam, 62% afirma não ser em quantidade suficiente, de modo que se viram obrigados a reutilizar o mesmo equipamento por longos períodos.²⁹ Em consonância com essa constatação, a Justiça do Trabalho recentemente também se deparou com casos ilustrativos da problemática.

Em Ação Civil Coletiva movida em 2020 contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) pelo SINTEC/RJ, o sindicato da categoria,

restou incontroverso o não fornecimento de luvas, máscaras, talheres, copos e pratos descartáveis aos empregados que atuavam no atendimento ao público externo e na distribuição externa de objetos postais. A Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão proferida na ação que buscava suspender a liminar concedida para fornecimentos dos itens mencionados, relata que:

O uso de máscaras e luvas é essencial à prevenção do contágio e transmissão do vírus. Deve-se ter em linha de conta a necessidade do isolamento social, de um lado, como recurso mais eficaz para o achatamento da curva de ascensão da pandemia e, de outra banda, exigência da continuidade do serviço postal, ergue-se a proteção como medida que atenua a vulnerabilidade dos trabalhadores que estão na linha de frente da execução das atividades que constituem a finalidade da empresa, em contato diário com situações de risco e que não podem, isolar-se em quarentena, por ser imperativa a continuidade do serviço. Por tais razões, considerada a urgência que o momento requer, não é cabível a concessão da liminar requerida, devendo ser mantida a decisão que, em sede de tutela antecedente antecipada, determinou sejam, no prazo de 24 horas, fornecidas luvas, máscaras (em quantidade individual suficiente para que sejam descartadas e trocadas a cada duas horas), “para uso individual a cada empregado que trabalhe na entrega/recebimento junto ao público de correspondências e mercadorias”, além de copos, talheres e pratos [...] ³⁰

Outro caso que ilustra a precariedade das condições de trabalho durante a pandemia, desta vez referente aos profissionais de saúde, é o da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra o Município de Cuiabá, o qual recebeu denúncias envolvendo a ausência de treinamento, fornecimento de EPIs e produtos de higiene necessários ao enfrentamento do COVID-19 pelos profissionais de saúde do Município de Cuiabá.

Na sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau, este relatou que, consoante relatórios de fiscalização elaborados pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 9ª Região (CRE-FITO-09), havia unidades de saúde de Cuiabá nas quais não foi disponibilizado pulverizador de álcool 70% na recepção e corredores, nem lixeiras de pedal por toda a clínica. No Hospital e Pronto Socorro

27. FIOCRUZ. *Entre os que permaneceram trabalhando em atividades consideradas essenciais na pandemia, uma grande parte é de terceirizados*. 2020. Disponível em: <http://www.epsv.fiocruz.br/noticias/entrevista/entre-os-que-permaneceram-trabalhando-em-atividades-consideradas-essenciais-na>. Acesso em: 02.03.2021.

28. DRUCK, Graça. A terceirização no serviço público brasileiro: instrumento de privatização do Estado. Em: *Cadernos da Reforma Administrativa*, caderno 17. 2021, P. 13.

29. REDE BRASIL ATUAL. *Mulheres profissionais de enfermagem formam grupo mais vulnerável à contaminação pela COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/04/mulheres-profissionais-de-enfermagem-sao-o-grupo-mais-vulneravel-a-contaminacao-pela-COVID-19/>. Acesso em: 01.03.2021.

30. SLS-1000335-79.2020.5.00.0000, DJ. 15/04/2020, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Ministra Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Municipal de Cuiabá além da ausência dos pulverizadores e lixeiras, verificou-se a insuficiência ou incompatibilidade de EPIs, uso inadequado de máscaras N95, não comprovação de treinamento/capacitação para manuseio e descarte de EPIs; sala de desparamentação inadequada, sem produtos para limpeza pessoal; estrutura física sem funcionamento, prejudicando assepsia; dentre outros, apontando a nítida precarização do trabalho naquele local.³¹

Não por outro motivo, um tema recorrente nas ações individuais e coletivas movidas contra estabelecimentos de saúde é a majoração do adicional do adicional de insalubridade. Usualmente os trabalhadores em hospitais recebem o adicional de insalubridade em grau médio, sendo devido o adicional em grau máximo somente aos que estejam em contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados. No entanto, como bem consignou a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região em Acórdão prolatado em Ação Civil Coletiva movida pelo Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Sul (SIMERS) contra o Hospital Nossa Senhora da Oliveira:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. PROFISSIONAIS MÉDICOS. RISCO DE CONTÁGIO POR CORONAVÍRUS. No momento atual, não há dúvida que os profissionais que atuam nos hospitais que efetuam tratamento para as complicações causadas pelo COVID-19 têm o risco aumentado de contágio pelo coronavírus, seja na linha de frente, diretamente no tratamento de pacientes em isolamento, seja no apoio a estes profissionais, tendo em vista a peculiaridade da sua transmissão, que inicia quando a pessoa infectada ainda não manifestou os sintomas da doença. Devidas as diferenças entre o adicional já pago e o adicional de insalubridade no grau máximo de 40% (quarenta por cento). Recurso do sindicato autor provido.³²

Sobre o tema do meio ambiente do trabalho, vale lembrar que o artigo 7º, nos seus incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, determina tanto a redução dos riscos inerentes ao trabalho como o direito ao adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, conforme o grau de exposição ao risco.

A legislação, então, apresenta como primeiro propósito a eliminação do agente prejudicial. Entretanto, como pontua Guilherme Guimarães Feliciano, a Constituição paralelamente transige com a realidade, porquanto estipula o pagamento de adicionais para as atividades insalubres, perigosas e penosas, enquanto o atual estado da técnica não permitir, em determinadas atividades econômicas, a eliminação ou mesmo a redução do agente nocivo a níveis toleráveis para a saúde humana.³³ Nesse sentido, monetiza-se o risco ao qual o trabalhador é submetido, em um sopesamento do programa normativo com o domínio normativo da realidade social.

No atual cenário de transmissão generalizada do COVID-19, a essencialidade da atividade dos profissionais da saúde no combate à pandemia implica na impossibilidade de eliminação completa do risco aos quais estes trabalhadores são submetidos. Assim, é com vistas a dar efetividade às normas constitucionais supracitadas que a majoração do adicional de insalubridade mostra-se como medida adequada (ainda que não suficiente).

Em concomitância, é imperativo que sejam adotadas posturas para a redução dos riscos, uma vez que o mero pagamento do adicional em percentual mais elevado não tem o condão de compensar os potenciais danos à saúde causados pelas condições precárias de trabalho às quais os trabalhadores do ramo estão sujeitos.

Situações como as narradas nas decisões judiciais e pesquisas trazidas neste artigo, de ausência de fornecimento de equipamentos de proteção e condições mínimas de trabalho basilares ao combate ao coronavírus em hospitais e unidades de saúde, demandam medidas ativas dos gestores públicos e das empresas privadas envolvidas com vistas a garantir a proteção dos profissionais que laboram na área. A majoração do adicional de insalubridade adimplido a estes, conquanto importante, não pode criar a ilusão de que os riscos serão neutralizados, em especial pelo potencial danoso à vida, seja pela possibilidade de presença de sequelas após a contaminação pela COVID-19 ou mesmo pelo índice não desprezível de letalidade da doença, que até o momento não possui cura.

31. Sentença proferida pelo Exmo. Juiz Aguinaldo Locatelli nos autos n. ROT 0000252-35.2020.5.23.0002, publicado no DEJMT em 25.08.2020.

32. TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020304-61.2020.5.04.0461 ROT, em 13/02/2021, Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo.

33. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador*. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8452/meio-ambiente-do-trabalho-e-responsabilidade-civil-por-danos-causados-ao-trabalhador>. Acesso em: 01.03.2021.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho exercido pelos profissionais da enfermagem, que possui em sua base uma maioria de trabalhadoras mulheres e negras, está eivado pela precariedade, processo que se acentua fortemente com o surgimento da pandemia do novo coronavírus. Ao desgaste no trabalho e formas de contratação precárias, já bastante presentes no cotidiano da categoria, se somaram a ausência de fornecimento de equipamentos de proteção individual e produtos de higiene necessários à redução da possibilidade de contágio, além da maior exposição ao risco pelo labor em ambientes de tratamento dos que padecem da doença.

Uma resposta encontrada pela jurisprudência pátria reside na majoração do adicional de insalubridade, quando comprovada a exposição em contato permanente com pacientes em isolamento pelo coronavírus e seus objetos de uso não esterilizados. No entanto, referida solução, embora adimpla um adicional superior ao trabalhador, é incapaz de neutralizar os efeitos nocivos gerados pela doença, de modo que a solução monetizante, embora compense parcela do dano gerado, não tem o condão de dispensar os empregadores de adotar medidas com vistas a minimizar os riscos inerentes à profissão.

A partir das reflexões quanto à relação imbricada entre classe, gênero e raça no processo de precarização do trabalho de enfermeiras(os), auxiliares e técnicas(os), observa-se que a ampliação massiva da terceirização e as condições precárias de trabalho durante a pandemia intensificaram espoliações contratuais, em que a saúde de trabalhadores é sacrificada pelo “bem do todo”.

Paralelamente à defesa do avanço de um plano de imunização para toda a população brasileira, apresenta-se o desafio de responsabilizar empregadores pela higidez do meio ambiente de trabalho daqueles e daquelas que estão na linha de frente, bem como de incentivar campanhas e mobilizações de trabalhadores(as) por melhores condições de trabalho e de vida.

5. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – SCNES. Disponível em: <http://cnes.datasus.gov.br/>. Acesso em: 28.02.2021.
- _____. Portaria nº 1.130 de 11 de maio de 2017. Ministério da Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt1130_12_05_2017.html. Acesso em: 05.03.2021.
- _____. *Boletim Epidemiológico do Estado da Bahia*, 26.02.2021. Disponível em: http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2021/02/BOLETIM_ELETRONICO_BAHIAN_339__26022021.pdf. Acesso em: 28.02.2021.
- _____. *Relatório de Monitoramento de Trabalhadoras e Trabalhadores em Enfermagem com Suspeita ou Confirmação da COVID-19*, 2021. Disponível em: <https://seeb.org.br/monitoramento-de-trabalhadoras-e-trabalhadores-em-enfermagem-com-suspeita-ou-confirmacao-da-COVID-19-na-bahia/>. Acesso em: 28.02.2021.
- _____. Sentença proferida pelo Exmo. Juiz Aguinaldo Locatelli nos autos n. ROT 0000252-35.2020.5.23.0002, publicado no DEJMT em 25.08.2020.
- _____. SLS-1000335-79.2020.5.00.0000, DJ. 15/04/2020, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Ministra Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.
- _____. TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020304-61.2020.5.04.0461 ROT, em 13/02/2021, Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo.
- COFEN. *Observatório da Enfermagem*, 07.03.2021. Disponível em: <http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br/>. Acesso em: 07.03.2021.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. São Paulo: LTr, 2015;
- DRUCK, Graça. A terceirização no serviço público brasileiro: instrumento de privatização do Estado. Em: *Cadernos da Reforma Administrativa*, caderno 17, 2021.
- _____. et al. A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. In: *Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*/Organizador: André Gambier Campos. – Brasília: Ipea, 2018.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador*. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8452/meio-ambiente-do-trabalho-e-responsabilidade-civil-por-danos-causados-ao-trabalhador>. Acesso em 01.03.2021.
- FUNDAÇÃO FIOCRUZ. Boletim Observatório COVID-19, 2021. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-03.pdf. Acesso em: 05.03.2020.
- _____. *Entre os que permaneceram trabalhando em atividades consideradas essenciais na pandemia, uma grande parte é de terceirizados*. 2020. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/entre-os-que-permaneceram-trabalhando-em-atividades-consideradas-essenciais-na-pandemia>. Acesso em: 02.03.2021.
- _____. *Mais de mil mortes diárias de COVID-19 – o novo normal?*, 04.03.2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/mais-de-mil-mortes-diarias-de-COVID-19-o-novo-normal>. Acesso em: 05.03.2021.

- _____. COFEN. Perfil da Enfermagem, 2013. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/perfilenfermagem/index.html>. Acesso em 28.02.2021
- G1. Datafolha: 46% dos brasileiros dizem ter tido redução na renda familiar por causa da pandemia. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/20/datafolha-46percent-dos-brasileiros-dizem-ter-tido-reducao-na-renda-familiar-por-cao-da-pandemia.ghtml>. Acesso em: 04. 03. 2021.
- GEDIEL, José Antônio Peres; MELLO, Lawrence Estivalet de. Autonomia Contratual e Razão Sacrificial: Neoliberalismo e Apagamento das Fronteiras do Jurídico. *Revista Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, 2020, v. 11, n. 4, p. 2238-2259.
- IPEA. O trabalho remoto e a pandemia: o que a PNAD COVID- 19 nos mostrou. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2021/02/o-trabalho-remoto-e-a-pandemia-o-que-a-pnad-COVID-19-nos-mostrou/>. Acesso em: 03.03.2021.
- MARCELINO, Paula. *Trabalhadores terceirizados e a luta sindical*. Curitiba: Editora Appris, 2013, entre outros.
- MELLO, Lawrence Estivalet de. *Crise do Contrato de Trabalho e Ilegalidades Expandidas*. 2020. 454 f. Tese (Doutorado em Direito): Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.
- MÉSZÁROS, Istvan. *Estrutura social e formas de consciência II – A dialética da estrutura e da história*. Boitempo: São Paulo, 2011.
- PEREIRA, Flávia Souza Máximo; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os segredos epistêmicos do direito do trabalho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*: Brasília, v. 10, n. 2, p.519-544, 2020.
- REDE BRASIL ATUAL. Mulheres profissionais de enfermagem formam grupo mais vulnerável à contaminação pela COVID-19. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/04/mulheres-profissionais-de-enfermagem-sao-o-grupo-mais-vulneravel-a-contaminacao-pela-COVID-19/>. Acesso em 01.03.2021.
- SAFFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado e violência. Expressão popular, Fundação Perseu Abramo: São Paulo, 2ª edição, 2015.
- UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Bolsonaro diz no JN que trabalhador terá de escolher entre direitos e emprego. Infomoney, 28.08.2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7589379/bolsonaro-diz-no-jn-que-trabalhador-tera-de-escolher-entre-direitos-e-emprego>. Acesso em 28.02.2021.
- VIEIRA, Regina Stella Corrêa. Cuidado, crise e os limites do direito do trabalho brasileiro. *Revista Direito e Práxis*: Rio de Janeiro, v. 11, 2020.

Liberdade sindical e controle de convencionalidade

Freedom of association and conventionality control

Lorena Vasconcelos Porto*

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira**

RESUMO: O presente artigo busca refletir sobre o tema da liberdade sindical e do controle de convencionalidade, à luz dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial da recente Opinião Consultiva OC-27/21, de 05 de maio de 2021, solicitada à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre direitos à liberdade sindical, negociação coletiva e greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade sindical. Controle de convencionalidade. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-27/21, de 05 de maio de 2021.

ABSTRACT: This paper aims to reflect on the topic of freedom of association and control of conventionality, in the light of international human rights treaties ratified by Brazil, in particular the recent Advisory Opinion OC-27/21, of May 5, 2021, requested to the Inter-American Court of Human Rights by the Inter-American Commission on Human Rights, on right to freedom of association, right to collective bargaining and rights to strike, and their relation to other rights, with a gender perspective.

KEYWORDS: Freedom of association. Conventionality control. Inter-American Human Rights System. Advisory Opinion OC-27/21, of May 5, 2021.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A liberdade sindical. 3. A Opinião Consultiva OC-27/21, de 05 de maio de 2021. 4. O controle de convencionalidade e a aplicação obrigatória da Opinião Consultiva OC-27/21. 5. O revigoreamento do controle de convencionalidade na perspectiva europeia. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é o estudo da liberdade sindical e do controle de convencionalidade, à luz dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial da recente Opinião Consultiva OC-27/21, de 05 de maio de 2021, solicitada à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre direitos à liberdade sindical, negociação coletiva e greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero.

Primeiramente, são traçadas considerações sobre a liberdade sindical, a sua importância e a sua proteção no Direito brasileiro e na ordem jurídica internacional. Em seguida, é abordada a Opinião Consultiva OC-27/21, de 05 de maio de 2021. Discute-se, ainda, o tema do controle de convencionalidade e sua aplicação no ordenamento jurídico interno, inclusive quanto à observância obrigatória da referida Opinião Consultiva OC-27/21. Por fim, é trazido ao debate o revigoreamento do controle de convencionalidade na perspectiva europeia, com destaque para importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha.

2. A LIBERDADE SINDICAL

A liberdade sindical é a base de todos os demais direitos trabalhistas, pois através dela os trabalhadores lutaram e conquistaram os seus direitos: o Direito do Trabalho é fruto da liberdade sindical. Os sindicatos exercem um papel de extrema relevância, não apenas na conquista de novos direitos

(*) Lorena Vasconcelos Porto é Procuradora do Ministério Público do Trabalho. Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II. Bacharel em Direito pela UFMG. Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidad Externado de Colombia, em Bogotá, e da Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora. Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior.

(**) Ricardo José Macêdo de Britto Pereira é Subprocurador-Geral do Trabalho aposentado. Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF Centro Universitário. Estágio pós-doutoral pela Cornell University ILR School (2018). Master of Laws Syracuse University (2018). Doutor em "Nuevos Desafíos del Derecho del Trabajo" pela Universidad Complutense de Madrid (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (1997). Especialista em Derechos Humanos Laborales y Derecho Transnacional del Trabajo pela Universidad Castilla-La Mancha (2020). Especialista em Teoria da Constituição (1989). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (1988). Colíder do Grupo de Pesquisa "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" do UDF Centro Universitário. Colíder do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Constituição e Cidadania" da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

trabalhistas, mas também na garantia do efetivo cumprimento daqueles previstos nas leis e nas normas coletivas. Não há verdadeira democracia, nem real desenvolvimento socioeconômico, sem sindicatos fortes e atuantes. Como destacado pelo Papa Francisco, “Não existe uma boa sociedade sem um bom sindicato. (...) Sindicato é uma linda palavra que provém do grego ‘dike’, que significa justiça, e ‘syn’, juntos: syn-dike, ‘justiça juntos.’”¹.

Segundo o Relator Especial sobre os Direitos à Liberdade de Reunião Pacífica e de Associação das Nações Unidas, “Sem os direitos de reunião e associação, os trabalhadores têm pouca força para mudar as condições que blindam a pobreza, alimentam a desigualdade e limitam a democracia”. O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos afirmou que “existe um vínculo histórico entre um sindicalismo forte e uma sociedade mais igualitária”. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, ressalta que: “A liberdade sindical é um direito que permite promover a democracia”².

Para José Cláudio Monteiro de Brito Filho, a liberdade sindical apresenta duas dimensões: a individual e a coletiva. A primeira corresponde às liberdades individuais de filiação, não filiação e desfiliação. A dimensão coletiva, por sua vez, abrange: a liberdade de associação, que é o direito de trabalhadores e empregadores de criar organizações sindicais; a liberdade de organização, que é o direito de trabalhadores e empregadores de definir seu modelo de organização sindical, não podendo haver, ilustrativamente, restrições ao número de sindicatos existentes; a liberdade de administração, que é o direito das entidades sindicais de determinarem sua forma de organização interna, não sofrendo interferência ou intervenção de terceiros ou do Estado; e a liberdade de exercício das funções, que é o direito das organizações sindicais de executar as ações necessárias ao cumprimento de suas finalidades (v.g., exercício do direito de greve)³.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da liberdade sindical, do qual decorre a vedação a práticas antissindicais e à discriminação sindical. Esses comandos norteiam a aplicação de todos os demais princípios constitucionais, tendo como fundamento o próprio princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

A Constituição da República, no art. 5º, incisos XVII e XX, assegura o direito à plena liberdade de associação para fins lícitos:

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

(...)

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

(...)

XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Especificamente quanto aos trabalhadores, a Carta Magna assegura a liberdade sindical em sentido amplo:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

(...)

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

(...)

1. PAPA FRANCISCO. *Discurso aos Delegados da Confederação Italiana Sindical dos Trabalhadores (CISL)*. Sala Paulo VI, Quarta-feira, 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170628_delegati-cisl.html>. Acesso em 16 fev. 2022.
2. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Compendio sobre derechos laborales y sindicales: estándares interamericanos*: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de octubre 2020. OEA. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/314.asp>> Acesso em 16 fev. 2022.
3. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 71-74.

No plano internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1947, aprovou o entendimento de que a liberdade sindical “deve ser considerada um direito inalienável”⁴, tendo sido reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Artigo 20

1. Todo ser humano tem direito à **liberdade de reunião e associação pacífica**.

2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo 23

(...)

4. Todo ser humano tem **direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses**.

A Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua redação original (Parte XIII do Tratado de Versalhes), declarou o direito de associação como de especial importância. A Declaração de Filadélfia de 1944, incorporada à Constituição da OIT em 1946, reafirmou a liberdade de associação como um dos princípios fundamentais da OIT e essencial ao progresso.

A Convenção n. 87 da OIT, de 1948, assegura o direito à liberdade na constituição das organizações e o direito do trabalhador ou da entidade patronal de se filiarem a elas. A Convenção n. 98 da OIT, de 1949, trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva, regulando a liberdade sindical perante a parte contrária, empregador ou outra organização sindical, e a liberdade sindical individual. Segundo a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT de 1998, as Convenções n. 87 e n. 98 são fundamentais, isto é, devem ser cumpridas por todos os países-membros da OIT, independentemente de as terem ou não ratificado.

A Convenção n. 98 da OIT foi ratificada pelo Brasil, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo n. 49/1952 e promulgada pelo Decreto n. 33.196/1953, substituído pelo Decreto n. 10.088/2019. Tal Convenção prevê medidas de proteção contra atos antissindicais, reprimindo restrições empresariais e de outros entes a trabalhadores em face da participação ou não no sindicato, bem como do exercício de atividades sindicais:

Art. 1 – 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer

atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

2. Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a:

a) Subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou de deixar de fazer parte de um sindicato;

b) Dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.

Art. 2 – 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

Ademais, a Convenção n. 135 da OIT, ratificada pelo Decreto n. 131/1991, substituído pelo Decreto n. 10.088/2019, garante aos empregados a proteção para desenvolver suas atividades, em virtude de filiação a sindicato, repelindo todas as atitudes arbitrárias e atentatórias à liberdade sindical:

Art. 1º – Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando.

Art. 2º – 1. Facilidades devem ser concedidas, na empresa, aos representantes dos trabalhadores, de modo a possibilitar-lhes o cumprimento rápido e eficiente de suas funções.” (grifos nossos)

A Recomendação n. 143 da OIT sobre Proteção e Facilidades a serem Dispensadas a Representantes de Trabalhadores na Empresa prevê que estes devem contar com as facilidades para o bom desempenho das suas funções, as quais requerem, entre outras, dispor de tempo suficiente para o exercício da sua atividade de representação, sem receio de represálias, e possibilidade de assistir a reuniões ou a cursos de formação; a possibilidade de poder entrar em todos os locais de trabalho da empresa quando necessário, e de poder manter comunicação com a administração da empresa e seus representantes; e

4. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Controle de convencionalidade em matéria trabalhista*. 1ª ed. Brasília: Venturoli, 2021. p. 85.

para a realização das demais ações de comunicação e divulgação das atividades sindicais.

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT (CLS), em alguns de seus verbetes, utiliza a expressão “proteção contra a discriminação antissindical” para designar um conjunto de tutelas protetivas contra qualquer medida discriminatória ou prejudicial aos trabalhadores durante a contratação, a manutenção do emprego e a dispensa por questões sindicais em sentido amplo. Ressalta-se que a vulnerabilidade do representante sindical pode, por sua gravidade, inviabilizar a própria existência do ente coletivo. A proteção contra atos antissindicais deve ser ampla, não somente limitada às hipóteses de despedida, mas também de transferências, preterição, retaliação, suspensão ou qualquer ato prejudicial ao agente, como enuncia o CLS da OIT⁵:

1.086. A proteção contra atos de discriminação antissindical deverá ser exercida especialmente contra todo ato que tenha como objetivo despedir um trabalhador ou prejudicá-lo, de alguma forma, por causa de sua afiliação sindical ou de sua participação em atividades sindicais fora do local de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante o horário de trabalho.

1.087. A proteção contra atos de discriminação sindical deve abranger não só a contratação e a dispensa, mas também toda medida discriminatória adotada durante o emprego e, especialmente, as medidas que envolvam transferências, preterição ou outros atos prejudiciais.

1.088. Os casos de discriminação antissindical podem variar quanto à sua natureza. Não estão limitados à demissão, à redução de pessoal ou à rescisão de serviços, mas também incluem qualquer ato de retaliação contra um trabalhador que se envolve em atividades sindicais, por exemplo, a suspensão.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, promulgado, no Brasil, pelo Decreto n. 531/1992, em seu artigo 8º, protege o direito sindical em geral, inclusive a liberdade sindical. É assegurado o direito da pessoa de fundar sindicatos com outras, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais, sendo garantido também o direito dos

sindicatos de exercer livremente suas atividades.

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), por sua vez, prevê que “Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação” (artigo 45, “c”). É previsto, ainda, “O reconhecimento da importância da contribuição das organizações tais como os sindicatos, as cooperativas e as associações culturais, profissionais, de negócios, vicinais e comunais para a vida da sociedade e para o processo de desenvolvimento” (artigo 45, “g”).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969, conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, em seu artigo 16, assegura o direito das pessoas se associarem livremente, inclusive para fins trabalhistas. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil, tendo sido promulgada pelo Decreto n. 678/1992.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, por sua vez, assegura, em seu artigo 8º, os direitos sindicais, inclusive o direito dos trabalhadores de organizar sindicatos para proteger e promover seus interesses. Esse tratado foi ratificado pelo Brasil, tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56/1995 e promulgado pelo Decreto n. 3.321/1999.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em sentença proferida no Caso “Baena Ricardo vs. Panamá” em 02 de fevereiro de 2001, destacou a importância da liberdade sindical, a qual foi relacionada à liberdade de associação (art. 16 da CADH), tendo citado também o preâmbulo da Constituição da OIT, o qual inclui o reconhecimento da liberdade sindical como indispensável à paz e harmonia universais (parágrafo 157)⁶.

No Caso “Huilca Tecse vs. Peru”, a Corte IDH, em sentença de 03 de março de 2005, invocou o Protocolo de San Salvador e a Convenção n. 87 da OIT, para afirmar que “O Estado deve garantir que as pessoas possam exercer livremente a liberdade sindical sem

5. OIT. *La Libertad Sindical*. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo. 6ª edición. Ginebra: OIT, 2018.

6. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. São Paulo: LTr, 2017. p. 208-210.

temor de que sejam sujeitas a violência alguma” (parágrafo 77). Trata-se de decisão paradigmática, em que a Corte IDH busca também prevenir eventuais condutas lesivas à liberdade sindical⁷.

3. A OPINIÃO CONSULTIVA OC-27/21, DE 05 DE MAIO DE 2021

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) solicitou à Corte IDH um Parecer Consultivo sobre o “alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero”. Trata-se da interpretação autêntica dos artigos 13, 15, 16, 24, 25 e 26, em relação com os artigos 1.1 e 2 da CADH, dos artigos 3, 6, 7 e 8 do Protocolo de San Salvador, dos artigos 2, 3, 4, 5 e 6 da Convenção de Belém do Pará (aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 107/1995 e promulgada pelo Decreto n. 1.973/1996), dos artigos 34, 44 e 45 da Carta da OEA e dos artigos II, IV, XIV, XXI e XXII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Na Opinião Consultiva OC-27/21, de 05 de maio de 2021, sobre direitos à liberdade sindical, negociação coletiva e greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero, a Corte Interamericana asseverou que “Os instrumentos tradicionais de reivindicação de direitos trabalhistas – sindicatos, greves, negociação coletiva, etc. – são fundamentais nessa tarefa, de modo que os Estados devem zelar para que sejam cumpridos.” (parágrafo 43). A Corte IDH reafirmou que “tem, em virtude de ser a ‘intérprete final da Convenção Americana’, competência para emitir, com plena autoridade, interpretações de todas as disposições da Convenção” (parágrafo 23)⁸.

Na Opinião Consultiva OC-27/21, a Corte IDH ressaltou “a necessidade de os Estados fazerem o máximo de seus esforços para que (...) os direitos trabalhistas e sindicais de todos os trabalhadores sejam respeitados”; que a liberdade sindical é um direito inerente e inalienável de toda pessoa humana,

sendo de fundamental “importância para a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e trabalhadoras”; que “o Estado tem o dever de garantir que as pessoas possam exercer livremente sua liberdade sindical, sem medo de serem submetidas a qualquer violência, pois do contrário a capacidade dos grupos de se organizarem para a proteção de seus interesses poderia ser diminuída”; que os sindicatos e seus representantes devem possuir uma “proteção específica para o bom desempenho de suas funções (...) a liberdade de associação é de extrema importância para a defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores e faz parte do *corpus iuris* dos direitos humanos” (parágrafos 42, 43, 58, 61 e 72).

Na mesma Opinião Consultiva OC-27/21, a Corte IDH destacou que “a liberdade sindical, na sua dimensão individual (...) exige que os Estados garantam aos trabalhadores, e seus representantes, proteção adequada no emprego contra qualquer ato de coerção ou discriminação, direta ou indireta, que tenda a prejudicar o exercício de sua liberdade sindical. A referida proteção contra atos de discriminação antissindical inclui não só a contratação e a dispensa, mas também qualquer eventual medida discriminatória adotada durante o vínculo empregatício, como transferências, suspensões, adiamentos ou outros atos lesivos”; que “é por meio de seus representantes que as organizações podem atuar com independência e eficácia na defesa dos trabalhadores e das trabalhadoras”; que “da liberdade de associação também derivam obrigações positivas de prevenir ataques contra ela, proteger aqueles que a exercem e investigar as violações dessa liberdade; essas obrigações positivas devem ser adotadas também na esfera das relações entre particulares”; que “o direito à liberdade sindical, entendido como um direito autônomo, e como uma espécie do direito à liberdade de associação, é um direito que empodera os trabalhadores e as trabalhadoras para a defesa de seus interesses contra os empregadores e o Estado, de modo que negar o seu exercício constitui um risco para a vigência da multiplicidade de direitos trabalhistas reconhecidos”; que “a garantia do direito à liberdade sindical, com os seus componentes do direito à negociação coletiva e à greve, são instrumentos que permitem aos trabalhadores e às trabalhadoras buscar melhores condições de trabalho e de vida” (parágrafos 80, 84, 121 e 131).

Na Opinião Consultiva OC-27/21, a Corte Interamericana também destaca que os dirigentes sindicais defendem os direitos e interesses dos trabalhadores e das trabalhadoras e, como tal, desempenham funções de defensores dos direitos

7. AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. p. 210-212.

8. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su relación con otros Derechos, con perspectiva de Género*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf>. Acesso em 16 fev. 2022. Tradução livre.

humanos (parágrafo 199). A Comissão Interamericana, por sua vez, ressalta que: “a garantia de proteção das pessoas que se associam com fins sindicais contra atos de retaliação é fundamental para o exercício desse direito. A este respeito, o Comitê de Liberdade Sindical declarou que um dos princípios fundamentais da liberdade sindical é que os trabalhadores gozem de proteção adequada contra atos de discriminação antissindical em relação ao seu emprego – como dispensa, rebaixamento, transferência e outras medidas lesivas – e que tal proteção é particularmente necessária no caso dos delegados sindicais, pois para cumprirem suas funções sindicais com total independência devem ter a garantia de que não serão prejudicados em razão do mandato que exercem no sindicato. O Comitê considerou que tal garantia, no caso dos dirigentes sindicais, também é necessária para cumprir o princípio fundamental de que as organizações de trabalhadores devem ter o direito de escolher livremente os seus representantes”⁹.

4. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA DA OPINIÃO CONSULTIVA OC-27/21

A aplicação da Opinião Consultiva OC-27/21, em integração ao ordenamento jurídico brasileiro, é devida, porquanto se trata da interpretação autêntica de normas do sistema interamericano que devem ser cumpridas por todos os Estados-membros da OEA, entre eles o Brasil, como a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao lado do Pacto de São José da Costa Rica e do Protocolo de San Salvador, ambos ratificados pelo Brasil. Assim, situações concretas envolvendo a violação de dispositivos da CADH –, inclusive de seus artigos 16 e 26, e do artigos 8 e 19.6 do Protocolo de San Salvador –, relativas à liberdade sindical, caso não recebam a devida proteção judicial no âmbito doméstico, podem ser objeto de denúncia à CIDH, com a consequente responsabilização do Estado brasileiro no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Além dos Estados-membros da OEA, qualquer pessoa, grupo ou ONG pode apresentar denúncia à Comissão Interamericana alegando a violação de direito protegido pela CADH e/ou pela Declaração Americana. A Comissão investiga a denúncia e busca solução amistosa entre as vítimas e o Estado, como o pagamento de uma indenização. Caso a Comissão constate a violação de direitos humanos e não obtenha a conciliação, envia a demanda à Corte IDH. Tal Corte tem competência para tratar de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação da CADH, possuindo funções contenciosa (art. 62 da CADH) e consultiva (art. 64 da CADH). A jurisdição da Corte IDH foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998. Cabe aos tribunais constitucionais ou aos tribunais supremos (como o Supremo Tribunal Federal – STF, no caso do Brasil) a última palavra no âmbito interno quanto à constitucionalidade, mas cabe à Corte IDH a última palavra quanto ao controle de convencionalidade da CADH.

É imperativa a utilização, pelos operadores do Direito do Trabalho, inclusive pelos próprios sindicatos, do controle de convencionalidade, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, firmados no âmbito da OIT, OEA e ONU. Como tais tratados, no entendimento do próprio STF (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), caso não aprovados pelo rito do art. 5º, §3º, da CF/88, têm hierarquia supralegal, em sede de controle de convencionalidade no âmbito nacional, a última instância em matéria trabalhista é o próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST), e não o STF, pois a discussão envolve normas infraconstitucionais.

O Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância –, sob pena de responsabilização internacional do Estado brasileiro –, tem a obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas *ex officio*, por serem agentes estatais vinculados às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Essa obrigação jurídica decorre do artigo 5º, §2º, da CF/88, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226/1991 e promulgado pelo Decreto n. 592/1992; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).

Tal entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo STF e pela Corte Interamericana de Direitos

9. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Compendio sobre derechos laborales y sindicales*: estándares interamericanos: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de octubre 2020. OEA. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/314.asp>> Acesso em 22 dez. 2021. p. 111.

Humanos. Podem ser citadas, ilustrativamente, a decisão do STF no RE 466.343 (data de julgamento: 03.12.2008), bem como as seguintes decisões da Corte IDH: Caso Tribunal Constitucional vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70; Caso Paniagua Morales e outros vs Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. Nº 37; Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171; e Opinião Consultiva OC-14/94, sobre a responsabilidade internacional por promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)¹⁰.

Na Opinião Consultiva OC-27/21, a Corte Interamericana reafirmou a obrigação do Poder Judiciário nacional de realizar o controle de convencionalidade, sob pena de responsabilização internacional do Estado:

36. A Corte também considera necessário lembrar que, de acordo com o direito internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, esse tratado vincula todos os seus órgãos, inclusive os poderes judiciário e legislativo, de modo que a violação por qualquer um desses órgãos gera responsabilidade internacional para aquele. É por isso que considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também com base no que indica no exercício de sua jurisdição não contenciosa ou consultiva (...)¹¹

Destaca-se a Recomendação n. 123, de 07.01.2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dirigida aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro para a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹²:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Como ressalta Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Magistrado da Corte IDH, “Os juízes nacionais passam a ser os primeiros juízes interamericanos. São eles que têm a maior responsabilidade de harmonizar a legislação nacional com os parâmetros interamericanos”¹³.

Desse modo, no âmbito da Justiça do Trabalho, há o dever de realizar o controle de convencionalidade, inclusive de aplicar e observar a Opinião Consultiva OC-27/21, sob pena de responsabilização internacional do Estado brasileiro. Nesse sentido, vejamos as seguintes sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Com fundamento no artigo 1.1 CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos], o Estado é obrigado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos. De acordo com as regras do direito da responsabilidade internacional do Estado, aplicáveis ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a ação ou omissão de qualquer autoridade pública, independentemente de sua hierarquia, constitui um fato imputável ao Estado. (Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70)¹⁴.

10. Vide NETO, Silvio Beltramelli. *Direitos humanos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

11. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su relación con otros Derechos, con perspectiva de Género*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf>. Acesso em 16 fev. 2022. Tradução livre.

12. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15193520220111_61dda007f35ef.pdf>. Acesso em 16 fev. 2022.

13. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In *Opus Magna: Constitucional Guatemalteco*, 2011. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2022. Tradução livre do original.

14. GARCÍA, Fernando Silva. *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: criterios esenciales*. México: Dirección General de Comunicación del Consejo de la Judicatura,

A responsabilidade do Estado pode surgir quando um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público afete, indevidamente, por ação ou omissão, alguns dos bens protegidos pela Convenção Americana. Também pode decorrer de atos praticados por particulares, como ocorre quando o Estado é omissor ao prevenir ou impedir condutas de terceiros que violem esses bens jurídicos". (Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171)¹⁵.

Valério de Oliveira Mazzuoli observa que os tratados internacionais de direitos humanos, inclusive as convenções da OIT, devem ser aplicados no plano doméstico com base no princípio *pro homine* ou *pro persona*, com a primazia da norma que, "no caso concreto, mais proteja o trabalhador sujeito de direitos". O magistrado trabalhista deve declarar a invalidade das leis internas incompatíveis com os tratados internacionais, por meio do "controle de convencionalidade das leis na modalidade difusa"¹⁶. A Corte IDH também afirma que "a Convenção Americana prevê expressamente determinadas diretrizes de interpretação em seu artigo 29, entre as quais o princípio *pro persona*" (parágrafo 44)¹⁷.

2011, p. 13-14. Tradução livre do original. In PORTO, Lorena Vasconcelos; NETO, Silvio Beltramelli; RIBEIRO, Thiago Gurjão Alves. *Manual do Grupo de Trabalho de Controle de Convencionalidade do Ministério Público do Trabalho: "Temas da Lei n. 13.467/2017 ("reforma trabalhista") à luz das normas internacionais*. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, 2018.

15. GARCÍA, Fernando Silva. *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: criterios esenciales*. México: Dirección General de Comunicación del Consejo de la Judicatura, 2011, p. 13-14. Tradução livre do original. In PORTO, Lorena Vasconcelos; NETO, Silvio Beltramelli; RIBEIRO, Thiago Gurjão Alves. *Manual do Grupo de Trabalho de Controle de Convencionalidade do Ministério Público do Trabalho: "Temas da Lei n. 13.467/2017 ("reforma trabalhista") à luz das normas internacionais*. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, 2018.
16. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 43, p. 71-94, 2013, p. 92-93.
17. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su relación con otros Derechos, con perspectiva de Género*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf>. Acesso em 16 fev. 2022. Tradução livre.

5. O REVIGORAMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PERSPECTIVA EUROPEIA

O controle de convencionalidade no Brasil detém inquestionável base constitucional. O seu desenvolvimento e consolidação decorreram especialmente de previsões trazidas pelo constituinte originário no texto da Constituição de 1988 e também derivado, especialmente na Emenda Constitucional 45/2004. Mas sua base é também internacional, de acordo com compromissos assumidos nesse âmbito.

A interdependência entre Constituição e tratados internacionais, contudo, não significa confusão. O Supremo Tribunal Federal consagrou *status* infraconstitucional e supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos, mas alguns esclarecimentos são necessários para estabelecer a diferenciação entre o plano da constitucionalidade, da convencionalidade e o da legalidade. Por mais que se desenvolva a análise dessas normas no campo da validade, ela se verifica muito mais no âmbito da aplicação. Isso quer dizer que mais do que conflito entre normas nacionais e internacionais, elas se diferenciam e, em geral, se complementam. As normas internacionais estabelecem padrões mínimos a serem implementados e melhorados pelo ordenamento nacional. São ordens distintas, ainda que a internacional seja incorporada formalmente à nacional. O direito internacional mantém certo distanciamento, seja para impulsionar, seja para frear o direito nacional, ou, sob o ponto de vista externo, respaldar ou criticar o direito nacional.

Isso significa que o controle de convencionalidade não pode estar apenas nas mãos do Supremo Tribunal Federal, como está o controle concentrado de constitucionalidade, seja para evitar a confusão entre constitucionalidade e convencionalidade, seja porque a discussão geralmente envolve aplicação e não a validade da norma internacional.

Essa espécie de subversão das normas internacionais em relação a pronunciamentos sobre a Constituição poderia surpreender numa primeira abordagem, mas ela encontra razões plausíveis.

O Tribunal Constitucional da Espanha, em importante precedente, estabeleceu a diferença entre constitucionalidade e convencionalidade, reconhecendo que a convencionalidade está fora do sistema de controle daquele tribunal e a cargo dos órgãos ordinários do Poder Judiciário¹⁸.

18. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia del Tribunal Constitucional – STC 140/2018, de 20 de diciembre*. BOE n. 22, de 25 de enero de 2019.

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional de Espanha se deparou com a questão sobre a compatibilidade entre os tratados internacionais e a lei e se ela seria resolvida no âmbito da constitucionalidade. Em outras palavras, o ponto de discussão é se uma lei interna que contraria um tratado internacional seria por esta razão inconstitucional.

O Tribunal Constitucional de Espanha parte da análise da origem do controle de convencionalidade, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sentença proferida em 2006 no caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Ali ficou estabelecido que, ao ratificar um tratado internacional, os juízes do Estado submetem-se a esse tratado, devendo exercer o controle de convencionalidade em relação às normas internas do ordenamento jurídico.

Observa-se que, como no Brasil, na Constituição espanhola não há dispositivo que trate da operacionalidade do controle de convencionalidade. Da mesma forma, os tratados internacionais na Espanha possuem “superioridade hierárquica” em relação às leis internas, nos termos do artigo 96 da Constituição espanhola. Contudo, essa superioridade não significa que a aplicação das normas internacionais acarrete a invalidade de leis nacionais divergentes. Isso quer dizer que o Tribunal Constitucional da Espanha adota o entendimento de que a primazia das normas internacionais não significa a “exclusão” da norma interna do ordenamento jurídico, mas sua inaplicação. Esse entendimento foi, inclusive, adotado pelo Supremo Tribunal Federal no passado. Como categoricamente se pronunciou o Tribunal Constitucional da Espanha:

[A] constatação de eventual desajuste entre um tratado internacional e uma norma legal interna não supõe um juízo de validade da norma interna, mas sua mera aplicação, não se apresentando, dessa forma, um problema de depuração de normas inválidas, mas uma questão de determinação da norma aplicável na solução de um caso concreto, aplicação que deverá ser livremente considerada pelo juiz ordinário.

Esta análise de aplicação de disposições normativas se verifica “extramuros da competência do Tribunal Constitucional”, embora possa, eventualmente, ser por ele analisada em recurso de amparo na perspectiva da garantia constitucional do direito fundamental à tutela judicial efetiva.

Mencionada decisão não aparece fora de contexto. Pelo contrário, alguns juízes de países europeus passaram a confrontar reformas liberais dos últimos tempos com a Carta Social Europeia. Essa Carta e a Convenção Europeia de Direitos Humanos constituem importantes tratados no plano europeu internacional, produzidos pelo Conselho da Europa,

composto por quarenta e seis países da região. Esse direito europeu interage com o direito comunitário produzido pela União Europeia no âmbito dos vinte e sete membros. O direito comunitário promoveu as liberdades para a consolidação da União Europeia, com viés mais econômico do que social. Nos últimos tempos essa tendência vem sendo questionada.

Ficou conhecido o caso Laval em que uma empresa da Letônia prestou serviços na Suécia, onde os salários são determinados por negociação coletiva. A empresa Laval se recusou a aplicar as normas coletivas da Suécia, levando a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia. A empresa saiu vitoriosa em 2007, sob o fundamento de que a aplicação das convenções coletivas violava liberdades consagradas nos tratados constitutivos. Essa decisão levou a Suécia a aprovar legislação em 2010 para se ajustar à decisão do Tribunal da União Europeia. Ocorre que, em 2013, sindicatos suecos apresentaram uma reclamação ao Comitê Europeu de Direitos Sociais, em razão de a “Lei Laval” contrariar os direitos de organização sindical, negociação coletiva e greve assegurados pela Carta Social Europeia. O Comitê acolheu a reclamação e ressaltou que a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia não tem o condão de afastar preceito da Carta. Sendo assim, em 2017, nova Lei Laval foi aprovada para acomodar as duas decisões¹⁹.

Em síntese, o fato de o tribunal encarregado de resguardar as normas constitucionais se pronunciar num determinado sentido quanto à constitucionalidade de ato normativo não inviabiliza o controle de convencionalidade pelos juízes na análise de casos concretos.

6. CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho é fruto da liberdade sindical, não havendo verdadeira democracia, nem real desenvolvimento socioeconômico, sem sindicatos fortes e atuantes. A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da liberdade sindical, o que norteia a aplicação de todos os demais princípios constitucionais, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana.

No plano internacional, a liberdade sindical foi reconhecida e protegida por diversos diplomas, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos

19. LAULOM, S. *Le comité européen des droits sociaux condamne la jurisprudence Laval*. [s.l.], 2014. Disponível em <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsair&AN=edsair.dedup.wf.001..62d74599c196e47f2e31b524c35a0e24&lang=es&site=eds-live>. Acesso em: 14 set. 2020.

Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966; a Constituição da OIT; as Convenções n. 87, 98 e 135 da OIT; a Carta da OEA; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988.

A aplicação da Opinião Consultiva OC-27/21, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero, é devida no âmbito doméstico, porquanto se trata da interpretação autêntica de normas do sistema interamericano que devem ser cumpridas por todos os Estados-membros da OEA, entre eles o Brasil. Situações concretas envolvendo a violação de dispositivos da CADH relativas à liberdade sindical, caso não recebam a devida proteção judicial no âmbito nacional, podem ser objeto de denúncia à Comissão Interamericana, com a consequente responsabilização do Estado brasileiro no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

O Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância, tem a obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas *ex officio*. Destaca-se a Recomendação n. 123, de 07.01.2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dirigida aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro para a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte IDH. Desse modo, no âmbito da Justiça do Trabalho, há o dever de realizar o controle de convencionalidade, inclusive de aplicar e observar a Opinião Consultiva OC-27/21.

No direito comparado, o Tribunal Constitucional da Espanha estabeleceu a diferença entre constitucionalidade e convencionalidade, reconhecendo que a convencionalidade está fora do sistema de controle daquele tribunal e a cargo dos órgãos ordinários do Poder Judiciário. Assim, o fato de o tribunal encarregado de resguardar as normas constitucionais se pronunciar num determinado sentido quanto à constitucionalidade de ato normativo não inviabiliza o controle de convencionalidade pelos juízes na análise de casos concretos.

7. REFERÊNCIAS

- AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. São Paulo: LTr, 2017.
- AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Controle de convencionalidade em matéria trabalhista*. 1ª ed. Brasília: Venturoli, 2021.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Compendio sobre derechos laborales y sindicales: estándares interamericanos*: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de octubre 2020. OEA. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/314.asp>> Acesso em 16 fev. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su relación con otros Derechos, con perspectiva de Género. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf>. Acesso em 16 fev. 2022.
- LAULOM, S. *Le comité européen des droits sociaux condamne la jurisprudence Laval*. [s.l], 2014. Disponível em <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsair&AN=edsair.dedup.wf.001.62d74599c196e47f2e31b524c35a0e24&lang=es&site=eds-live>. Acesso em: 14 set. 2020.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In *Opus Magna: Constitucional Guatemalteco*, 2011. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2022.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 43, p. 71-94, 2013.
- NETO, Silvio Beltramelli. *Direitos humanos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- OIT. *La Libertad Sindical*. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo. 6ª edición. Ginebra: OIT, 2018.
- PAPA FRANCISCO. *Discurso aos Delegados da Confederação Italiana Sindical dos Trabalhadores (CISL)*. Sala Paulo VI, Quarta-feira, 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2017/june/documents/papa-francesco_20170628_delegati-cisl.html>. Acesso em 16 fev. 2022.
- PORTO, Lorena Vasconcelos; NETO, Silvio Beltramelli; RIBEIRO, Thiago Gurjão Alves. *Manual do Grupo de Trabalho de Controle de Convencionalidade do Ministério Público do Trabalho*: “Temas da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista)” à luz das normas internacionais. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia del Tribunal Constitucional – STC 140/2018, de 20 de diciembre*. BOE n. 22, de 25 de enero de 2019.

Acidentalidade Brasil e a proteção do meio ambiente de trabalho como princípio fundamental da OIT: o caso dos frigoríficos

Brazil accidentality and the protection of the work environment as fundamental principle of the ILO: the case of meat packing industry

Luciana Paula Conforti*

RESUMO: O artigo dispõe sobre a alta acidentalidade no país e acerca do trabalho seguro e saudável como princípio fundamental da OIT. Para demonstrar a importância da temática, destaca-se o setor de frigoríficos, que apesar de ser um dos segmentos mais rentáveis, face ao volume das exportações, apresenta número bastante significativo de acidentes e doenças ocupacionais, inclusive de contaminação por Covid-19. O estudo discorre, ainda, sobre a proposta de alteração da NR 36, que regula o trabalho no setor de frigoríficos e trata da decisão que suspendeu o respectivo trâmite, pela inobservância da Convenção 169 da OIT, sobre os povos indígenas.

ABSTRACT: The article disposes about the high accidental rate in the country and about safe and healthy labor as a fundamental principle of ILO. In order to demonstrate the themes importance, the meat packing industry highlights in concern of high numbers of accidents and occupational diseases including Covid-19 contaminations, even being one of the most profitable sector in face of the great export volume. The study expatiates about a change proposition of the NR 36 that regulates the labor on the meat packing industry and the decision that suspended the respective procedure by the non-compliance of the convention 169 of ILO that treats about indigenous people.

PALAVRAS-chave: segurança e saúde do trabalho, princípio fundamental, OIT, frigoríficos.

KEYWORDS: health and safety labor, fundamental principle, ILO, meat packing industry.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Acidentalidade no Brasil e Saúde e Segurança no Trabalho como Princípio Fundamental da OIT; 3. Acidentes e Doenças Ocupacionais no Setor de Frigoríficos e a Proposta de Alteração da NR 36; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No dia 28 de abril de 1969, a explosão de uma mina no estado norte-americano da Virginia vitimou fatalmente 78 trabalhadores. Em 2003, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) instituiu a data como o “Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho” e no Brasil também houve a designação da mesma data, pela Lei 11.121, de 25 de maio de 2005, como o “Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho”¹.

A Campanha da OIT para o dia 28 de abril de 2022 destacou a importância do diálogo social para a construção de políticas em segurança e saúde do trabalho (SST), com o tema: “vamos agir em conjunto para construir uma cultura positiva de segurança e saúde”. A campanha para o Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho deste ano foi motivada pela crise sanitária global, disparada pela pandemia da Covid-19 e pelo enfrentamento de riscos contínuos, a partir da ideia de que “uma cultura forte em segurança e saúde no trabalho é aquela em que o direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável é valorizado e promovido tanto pela gestão como pelos (as) trabalhadores (as)”. A mobilização também parte do princípio de que:

Em um local de trabalho com uma forte cultura de SST, os trabalhadores e as trabalhadoras se sentem à vontade para levantar preocupações sobre possíveis riscos ou perigos de SST no local de trabalho e a administração é proativa em colaborar com os trabalhadores para encontrar soluções adequadas, eficazes e sustentáveis. Isso requer comunicação e diálogos abertos baseados na confiança e respeito mútuo².

(*) Juíza do Trabalho do TRT da 6ª Região, Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB, Vice-Presidente da ANAMATRA, Presidente da Comissão ANAMATRA Mulheres e Vice-Diretora da Escola Nacional Associativa dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ENAMATRA (2021-2023), Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (CNPq/UnB), Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho, Professora.

1. A autora publicou artigo com parte do presente estudo no JOTA, com o título *Acidentalidade no Brasil e a proteção do meio ambiente de trabalho*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acidentalidade-no-brasil-e-a-protecao-do-meio-ambiente-de-trabalho-28042022>>. Acesso em: 31 jul.2022.

2. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_840789/lang-pt/index.htm>. Acesso em 30 jul.2022.

É inegável que a redução dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais requer cultura de prevenção, o que exige políticas públicas claras de esclarecimento de direitos, a adoção de medidas de proteção coletivas para eliminação, sinalização e bloqueio e neutralização dos riscos, além de fiscalização efetiva sobre o cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho.

Outra data relevante é 27 de julho, que marca o “Dia Nacional da Prevenção de Acidentes de Trabalho”. O marco tornou-se oficial em 1972, depois da regulamentação da formação técnica em Segurança e Medicina no Trabalho. Em 27 de julho de 1972, foram publicadas as portarias de nº 3236, que instituiu o Plano Nacional de Valorização do Trabalhador, e a de nº 3237, que tornou obrigatórios os serviços de Medicina do Trabalho e de Engenharia de Segurança do Trabalho³.

Como se sabe, na década de 1970, o Brasil ostentava o título de campeão de acidentes de trabalho, chegando ao ápice em 1975, com quase 2 milhões de casos e a designação de tal data teve e tem por objetivo alertar empregados, empregadores, governos e sociedade civil para a importância de práticas que reduzem o número de acidentes e doenças relacionadas com o trabalho, promovam um ambiente seguro e práticas saudáveis em todos os setores produtivos.

Segundo pesquisa apresentada por Glaucia Veloso à Fundacentro:

[...] os altos índices de acidentes e doenças do trabalho, os quais repercutiam negativamente em níveis nacional e internacional podendo comprometer a entrada de investimentos no país, associados aos custos elevados desses infortúnios para o Estado, foram os principais fatores que impulsionaram o Governo para a construção do arcabouço legal publicado na década de 1970⁴.

Sobre a necessária prevenção dos acidentes e doenças ocupacionais, importante destacar, ainda, as reflexões de Raimundo Simão de Melo. Segundo o autor, a falta de conscientização e prevenção ainda causa muitos acidentes de trabalho no país. Diante

de tal quadro, afirma que a questão “é de ordem pública”, o que “reclama urgente conscientização geral dos empregados e respectivos sindicatos, dos empregadores, do Estado e de toda a sociedade”⁵.

2. ACIDENTALIDADE NO BRASIL E SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA OIT

Segundo o Observatório de Segurança e Saúde do Trabalho (MPT/OIT), “nos últimos dez anos (2012-2021), 22.954 pessoas morreram em acidentes de trabalho no Brasil.” Ainda de acordo com plataforma de pesquisa:

Entre 2012 e 2021, foram registradas 6,2 milhões de Comunicações de Acidentes de Trabalho (CATs) e o INSS concedeu 2,5 milhões de benefícios previdenciários acidentários, incluindo auxílios-doença, aposentadorias por invalidez, pensões por morte e auxílios-acidente. No mesmo período, o gasto previdenciário ultrapassou os R\$ 120 bilhões somente com despesas acidentárias.

Por ocasião da 108ª Conferência Internacional do Trabalho, em 2019, evento que marcou o Centenário da OIT, houve o reconhecimento de que a proteção do meio ambiente de trabalho, representada pela Convenção 155 da OIT, está inserida entre os princípios fundamentais. Nesse sentido, constou da Declaração do Centenário que: “a segurança e saúde no trabalho é um princípio e direito fundamental no trabalho, além dos enunciados na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998)”.

No documento foi destacado que o Centenário da OIT era uma oportunidade “não apenas de olhar para trás e celebrar a história e as conquistas” do organismo internacional, mas, também, “de planejar o futuro, para traçar um caminho para enfrentar novos desafios no início do segundo século de existência”⁶.

Também constou da Declaração do Centenário, que a OIT celebrava o marco no momento em que

3. Disponível em: <<https://bvsmis.saude.gov.br/27-7-dia-nacional-da-prevencao-de-acidentes-do-trabalho-4/>>. Acesso em: 31 jul.2022.

4. VELOSO, GLAUCIA. *Trabalhadores no Governo Ditatorial: Legislações em Saúde, Higiene e Segurança do Trabalho (1970-1980)*. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<https://www.gov.br/fundacentro/pt-br/assuntos/noticias/noticias/2017/6/pesquisa-analisa-legislacao-em-ss-criada-na-decada-de-1970>>. Acesso em: 31 jul.2022.

5. MELO, Raimundo Simão. *Falta de Prevenção ainda causa muitos acidentes de trabalho no Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/falta-prevencao-ainda-causa-acidentes-trabalho>>. Acesso em: 31 jul.2022.

6. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_706928.pdf>. Acesso em: 30 jul.2022.

“o mundo do trabalho apresentava mudanças profundas, impulsionadas por inovações tecnológicas, oscilações demográficas, alterações climáticas e globalização”, que colocam em questão “a própria natureza e o futuro do trabalho, bem como o lugar que as pessoas ocupam nesse mundo e a sua própria dignidade”. Assim, houve o consenso de que a OIT deveria seguir no seu “mandato a serviço da Justiça Social, com abordagem sobre o futuro do trabalho centrada no ser humano”, fazendo “dos direitos, necessidades e aspirações das pessoas os objetivos principais das políticas econômicas, sociais e ambientais”.

O debate sobre a inclusão do “trabalho seguro e saudável” como princípio fundamental da OIT vem ocorrendo há anos, porém, só com a Declaração do Centenário integrou formalmente a agenda de iniciativas do organismo internacional e para que realmente pudesse ser considerado como integrante da Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), deveria passar por Assembleia da OIT.

Inicialmente, conforme noticiado pela imprensa, o Brasil foi um dos poucos países que se mostrou contrário à inclusão do trabalho “seguro e saudável” como um dos princípios fundamentais da OIT. De acordo com a notícia, “o gesto foi interpretado por observadores internacionais como mais uma demonstração de ameaça do governo brasileiro aos direitos trabalhistas”⁷.

Segundo outro veículo de comunicação, a postura do governo brasileiro, de se opor à inclusão de condições de trabalho seguras e saudáveis como um dos princípios fundamentais da OIT, “deixa o Brasil praticamente isolado na cena internacional nessa discussão, já que somente a Colômbia ainda é vocalmente contra a iniciativa da Organização Internacional do Trabalho”⁸.

Assim, em atendimento ao que constou na Declaração do Centenário, o assunto alcançou máximo destaque na 110ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 2022, quando foi discutido na Assembleia realizada pelo Conselho de Administração da OIT. Em decisão histórica, houve

a aprovação da inclusão da segurança e saúde aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, o que significa que todos os Estados membros da OIT se comprometem a respeitar e promover o direito fundamental a um ambiente de trabalho seguro e saudável, independentemente do nível do desenvolvimento econômico e de terem ou não ratificado as Convenções relevantes⁹.

Em termos práticos, a Assembleia realizada pelo Conselho de Administração da OIT aprovou Resolução para incluir na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais da OIT (1998) o quinto princípio, que é o “trabalho seguro e saudável”, o qual deverá ser observado por todos os Estados-Membros, da mesma forma e com o mesmo nível de comprometimento que os outros quatro princípios originalmente incluídos na citada norma internacional (liberdade sindical e de negociação coletiva, proteção contra o trabalho infantil e idade mínima para o trabalho, eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório e proteção contra a discriminação em matéria de salário e emprego)¹⁰.

O Brasil ratificou a Convenção 155 da OIT e foi um dos fundadores da Organização Internacional do Trabalho. Assim, de forma coerente, deixou de lado o posicionamento de não apoiar a inclusão da proteção ao meio ambiente do trabalho como princípio fundamental a ser observado por todos os demais Membros, já que, como foi exposto, referido posicionamento era praticamente isolado entre os 187 países que compõem o organismo internacional.

A decisão adotada na 110ª Conferência Internacional do Trabalho deve ser comemorada. O mundo do trabalho está profundamente abalado pelos efeitos da pandemia global da Covid-19, que além de ameaçar a saúde pública, causou impactos econômicos e sociais que afetaram os meios de subsistência e o bem-estar de milhões de pessoas, resultando não só no aumento dos adoecimentos das trabalhadoras e trabalhadores, como também, da acidentalidade.

Como se sabe, entre os países do G20, o Brasil ocupa a segunda colocação em mortalidade no trabalho, ficando apenas atrás do México¹¹. O G20 é integrado por 19 países e tem o objetivo de apoiar o crescimento e o desenvolvimento mundial pelo

7. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/02/08/brasil-e-contra-incluir-principio-de-trabalho-seguro-em-lei-internacional.htm>>. Acesso em: 31 jul.2022.

8. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2022/02/08/brasil-se-ope-a-incluir-trabalho-seguro-e-saudavel-como-principio-e-pode-ficar-isolado-na-oit.ghtml>>. Acesso em: 12 jul.2022

9. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_848148/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 12 jul.2022.

10. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_840097/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 12 jul.2022.

11. Disponível em: <<https://protecao.com.br/estatisticas/brasil-e-2o-pais-do-g20-em-mortalidade-por-acidentes-no-trabalho/>>. Acesso em: 12 jul.2022.

“fortalecimento da arquitetura financeira internacional e oportunidades de diálogo sobre políticas nacionais, cooperação internacional e instituições econômico-financeiras internacionais”¹².

O Brasil deve observar a Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, que traça ações para a comunidade internacional (governos, setor privado e sociedade civil), divididas em 17 objetivos (ODS) e 169 metas. Um desses compromissos é o Objetivo 8: “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”.

De acordo com os dados do Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho (MPT-OIT), em 2021 o Brasil registrou 571,8 mil acidentes de trabalho (30% a mais em relação a 2020), com 2.487 óbitos e 153,3 mil concessões de benefícios previdenciários (auxílio-doença por acidente do trabalho). Além disso, consta o gasto de R\$ 17,7 bilhões em auxílios-doença não acidentários e R\$ 70,6 bilhões em aposentadorias por invalidez¹³.

Assim, é necessário que o Brasil retome a sua posição de vanguarda como membro fundador da OIT e passe a atuar concretamente para a inclusão do trabalho seguro e saudável como política de Estado prioritária, para que muito além dos compromissos internacionais assumidos, possa demonstrar a proteção da saúde e segurança das trabalhadoras e trabalhadores como princípio fundamental, tal como inserido na Declaração de Princípios da OIT (1998), bem como, que passe a adotar o diálogo social para a construção de políticas efetivas em segurança e saúde do trabalho.

Essa mudança de postura é essencial por parte do Brasil, a fim de que o país não fique isolado frente aos demais membros da OIT, inclusive em termos comerciais e para que não continue ostentando posição negativa, de destaque internacional, em matéria de Segurança e Saúde no Trabalho.

Para demonstrar com maior clareza a necessidade de o Brasil melhorar a política de Estado relacionada com a segurança e saúde no trabalho, destaca-se o setor de frigoríficos¹⁴.

3. ACIDENTES E DOENÇAS OCUPACIONAIS NO SETOR DE FRIGORÍFICOS E A PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA NR 36

No período compreendido entre os dias 08 de outubro e 08 de novembro de 2021, o Governo Federal, através do Ministério do Trabalho e Previdência Social, abriu consulta pública sobre a revisão da Norma Regulamentadora 36, que trata da Segurança e Saúde no trabalho em Empresas de Abate e Processamento de Carnes e Derivados, com o recebimento de 1.197 contribuições¹⁵.

No dia 16 de novembro de 2021, a Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal realizou audiência pública para ampliar o debate relacionado com a revisão da norma, oportunidade em que quase todos os participantes foram favoráveis à reabertura da consulta pública, devido à alta relevância da matéria e controvérsia entre argumentos favoráveis e contrários à alteração, o que não chegou a ocorrer¹⁶.

No dia 26 de janeiro de 2022, em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Trabalho, a Justiça do Trabalho da 10ª Região (DF-TO) concedeu liminar para suspender a revisão da NR 36¹⁷, até o julgamento final, por considerar o envolvimento de população vulnerável, como indígenas. Na ação, o Ministério Público do Trabalho alega que não houve a oitiva dos indígenas, o que contraria a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADPF 709), sobre o direito dos povos indígenas de participar na formulação e execução de ações de saúde que lhes são destinadas, sobretudo em razão da pandemia da Covid-19, face à maior vulnerabilidade dos povos indígenas a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional¹⁸.

Luciana Paula. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/frigorificos-muitos-acidentes-e-a-necessaria-preservacao-da-protecao-legal/>>. Acesso em: 30 jul.2022.

12. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/rex/g20/port/mencaog20.asp?frame=1#:~:text=O%20Grupo%20conta%20com%20a,Reino%20Unido%2C%20R%C3%BAsia%20e%20Turquia>>. Acesso em: 12 jul.2022.

13. Disponível em: <<https://smartlabbr.org/sst/localidade/0?dimensao=despesa>>. Acesso em: 12 jul.2022.

14. Estudo inicial sobre a matéria foi publicado pela autora no Le Monde Diplomatique, intitulado “Frigoríficos: muitos acidentes e a necessária preservação legal”. Conforti,

15. Disponível em: <<https://www.gov.br/participamaisbrasil/consulta-publica-nr-36>>. Acesso em: 30 jul.2022.

16. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/16/frigorificos-debate-expoe-divergencias-sobre-revisao-de-norma-de-seguranca-no-trabalho>>. Acesso em: 30 jul.2022.

17. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/1/093369E772D911_decisao-frigorifico.pdf>. Acesso em: 30 jul.2022.

18. Disponível: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>>. Acesso em: 30 jul.2022.

Sobre a Convenção nº 169 da OIT, importante destacar a inconstitucionalidade da Proposta de Decreto Legislativo 177/2021¹⁹, para autorizar o Presidente da República a denunciar referida norma internacional, como apontado pelo Ministério Público Federal, “por assegurar o direito das populações tradicionais à consulta prévia, livre e informada sobre quaisquer medidas que as afetem”²⁰.

E qual seria a relação entre o interesse dos indígenas, a Covid-19 e os frigoríficos?

A primeira morte em decorrência da Covid-19 que se tem notícia entre os indígenas ocorreu com uma funcionária da JBS, integrante da reserva indígena de Dourados – MS. Segundo pesquisador do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômicas Aplicadas, “os frigoríficos se tornaram principais vetores da doença no Mato Grosso do Sul e no Oeste do Paraná, por provocarem o deslocamento de trabalhadores entre diferentes municípios e aldeias”. Ernesto Galindo “estudou a proximidade entre terras indígenas e os frigoríficos no Centro Sul, além do deslocamento intermunicipal dos trabalhadores entre cidades”, constatando que o contágio é maior quando os estabelecimentos estão mais próximos das aldeias²¹.

Com relação à disseminação da Covid-19, importante destacar, além do transporte dos trabalhadores, a “síndrome do edifício doente”, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1982. Trata-se de conjunto de doenças desencadeadas pela proliferação de microorganismos infecciosos e partículas químicas em prédios fechados.

Como foi exposto, o modo como o trabalho é organizado nos frigoríficos atuou como grande vetor de disseminação da Covid-19. Pesquisa realizada em frigoríficos no Paraná identificou aumento significativo dos casos e destacou a importância do papel do Estado e de ações coletivas²². Milhares de

trabalhadores foram contaminados com a doença nos momentos mais críticos da pandemia²³. O setor teve que se adaptar com a implantação de protocolos de segurança específicos, após acordos firmados com o Ministério Público do Trabalho. Além dos equipamentos de proteção individual, tiveram que estabelecer maior distanciamento entre os trabalhadores nas linhas de produção²⁴.

Apesar do exposto, julgamento da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, no sentido de que não havia qualquer prova sobre o nexo causal entre a contaminação pela Covid-19 de auxiliar de produção e o trabalho em frigorífico, isentando a empresa de qualquer responsabilidade a esse respeito²⁵.

No que diz respeito à proposta de alteração da NR 36, uma das principais controvérsias refere-se ao risco de supressão das pausas térmicas ou psicofisiológicas, previstas no art. 253, *Caput* da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 20 (vinte) minutos, a cada 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho, devido ao trabalho em ambientes considerados frios, ponto de grande resistência na norma por parte de entidades ligadas aos empregadores do setor²⁶.

O direito ao trabalho, em condições dignas, salubres e seguras, está assegurado em diversos instrumentos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, além da Convenção nº155 da OIT e a Constituição brasileira designa a redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito social fundamental (art. 7º, XXVI).

A proteção do meio ambiente inclui o meio ambiente de trabalho, como preveem os art. 200, VIII

19. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279486>>. Acesso em: 30 jul.2022.

20. Disponível em <<http://frenteparlamentarindigena.com.br/denuncia-da-convencao-169-da-oit-e-inconstitucional-invalida-e-inocua-afirma-mpf/#:~:text=Segundo%20o%20MPF%2C%20o%20Projeto,pr%C3%A9via%2C%20livre%20e%20informada%20>>. Acesso em: 30 jul.2022.

21. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2020/06/dos-frigorificos-as-plantacoes-de-cana-como-o-agronegocio-expos-indigenas-a-covid-19/#:~:text=Dos%20frigor%C3%ADficos%20%C3%A0s%20aldeias&text=Al%C3%A9m%20de%20Dourados%2C%20onde%20o,da%20Secretaria%20Municipal%20de%20Sa%C3%BAde>>. Acesso em: 12 jul.2022.

22. Disponível em: <<https://www.rbmt.org.br/details/1664/pt-BR/covid-19-em-trabalhadores-de-frigorificos--relacao-entre-saude-do-trabalhador-e-seguranca-alimentar>>. Acesso em 30 jul.2022.

23. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/07/15/agronegocio-pode-ter-infectado-400-mil-trabalhadores-no-brasil-por-covid-19>>. Acesso em 30 jul.2022.

24. Disponível em: <<https://globo rural.globo.com/Noticias/Empresas-e-Negocios/noticia/2021/03/descontrole-da-covid-19-preocupa-frigorificos-em-meio-alta-no-preco-das-carnes.html>>. Acesso em: 30 jul.2022.

25. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/covid-19-sem-prova-de-contamina%C3%A7%C3%A3o-no-trabalho-auxiliar-de-frigor%C3%ADfico-n%C3%A3o-ser%C3%A1-indenizado>>. Acesso em 30 jul.2022.

26. Está em tramitação no Congresso Nacional o PL 2363/2011, que altera os requisitos para trabalhadores de ambientes artificialmente frios acessarem a “pausa térmica”, com o estabelecimento do teto de 4º C para as atividades em câmara frigorífica, o que, segundo o Ministério Público do Trabalho, retiraria o direito de 95% dos trabalhadores do setor. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/03/29/pl-tenta-retirar-direito-a-pausa-termica-de-95-dos-trabalhadores-de-frigorificos>>. Acesso em: 12 jul.2022.

e 225, *Caput*, da Constituição, o que impõe ao Poder Público e à coletividade a defesa do meio ambiente e a sua preservação para as gerações presentes e futuras. Nesse quadro, essencial a manutenção das normas existentes, que regulam as condições especiais de trabalho, para a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, com a garantia de que o meio ambiente do trabalho seja adequadamente planejado e salubre.

Segundo dados da Empresa Brasileira de Pesquisas Agropecuárias- EMBRAPA, o Brasil é um dos mais importantes produtores de carne bovina do mundo, “resultado de décadas de investimento em tecnologia”, o que levou “não só à produtividade, como também à qualidade do produto brasileiro e sua competitividade no mercado internacional, chegando a atingir mais de 150 países”. A exportação de carne bovina já representa 3% das exportações brasileiras (6% do PIB) e um faturamento de bilhões de reais. O aumento do movimento do setor foi de quase 45% nos últimos 5 anos²⁷.

Dados de 2020 demonstram que o rebanho bovino brasileiro foi o maior do mundo, representando 14,3% do rebanho mundial, com 217 milhões de cabeças e no mesmo ano, o país foi considerado o maior exportador de carnes do mundo, com 2,2 milhões de toneladas, o que representou 14,4% do mercado internacional. Também em 2020, o Brasil conquistou o título de maior exportador de carne de aves, com 4,3 milhões de toneladas (20,9%), com o rendimento de US\$ 6,6 bilhões²⁸.

O setor de frigoríficos emprega mais de 544 mil trabalhadores no Brasil, verificando-se aumento do número de contratações nos últimos anos. Assim, o assunto em destaque é de alta relevância, não só em razão do excelente resultado econômico, como também, face ao envolvimento de milhares de trabalhadores no país e dos impactos sociais que pode causar nas comunidades e famílias, com reflexos na saúde pública e, em consequência, na Previdência Social.

O destaque financeiro e internacional, lamentavelmente, contrasta com o alto adoecimento e acidentalidade do setor.

Dados da Secretaria de Inspeção do Trabalho, vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência, expostos no documento “Análise de Impacto Regulatório – NR 36 – segurança e saúde no trabalho em empresas de abate e processamento de carnes e derivados²⁹”, revelam que no período de 2017 a 2020, das 1.437 empresas fiscalizadas no setor, 917 (63,81%) foram autuadas por falta de observância da NR 36. Houve a constatação, ainda, da falta de conhecimento das empresas sobre segurança e saúde no trabalho, o que leva a não percepção dos riscos e na desconsideração da necessidade de investir recursos financeiros na prevenção de doenças e acidentes relacionados com o trabalho. Entre janeiro de 2016 a dezembro de 2020, foram registrados 85.123 adoecimentos ocupacionais e acidentes típicos no setor frigorífico, dos quais 64 foram fatais. Os acidentes do setor representam 4,59% do total do país e 6,48% de doenças ocupacionais. A maior parte desses acidentes está relacionada a cortes, laceração, ferida contusa ou ferida aberta (35,39%) e contusão e esmagamento (18,93%). Nos frigoríficos, a chance de desenvolver tendinite na desossa de perna de frango é 743% superior a outros setores da economia³⁰.

No citado documento, consta como objetivo fundamental da revisão da NR 36, conferir maior efetividade às ações de proteção e de segurança e saúde do trabalhador em setor de frigorífico, porém, como se sabe, nenhuma mudança de norma, de forma isolada, garante alteração no quadro de adoecimento e acidentalidade de trabalhadores, sendo necessária adoção de medidas efetivas.

O próprio relatório apresentado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho aponta a desconformidade entre as normas e a observância pelas empresas, segundo as fiscalizações do Trabalho sobre o cumprimento da NR 36 em todo o país e as análises de acidentes graves e fatais, revelando não só a ausência de aplicação da norma, como também, a baixa efetividade das ações de prevenção, o deficitário investimento em medidas preventivas e a ausência de planejamento na área de segurança e saúde no trabalho.

Nesse sentido, não se vislumbra, concretamente, como se pretende alcançar os resultados

27. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/qualidade-da-carne/carne-bovina>>. Acesso em: 12 jul.2022.

28. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/62619259/brasil-e-o-quarto-maior-produtor-de-graos-e-o-maior-exportador-de-carne-bovina-do-mundo-diz-estudo>>. Acesso em: 12 jul.2022.

29. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/relatorios-de-air/seprt/strab/sit/relatorio-air-nr-36.pdf>>. Acesso em: 12 jul.2022.

30. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/relatorios-de-air/seprt/strab/sit/relatorio-air-nr-36.pdf>>. Acesso em: 12 jul.2022.

previstos com a revisão da NR 36, que são: a) redução dos acidentes de trabalho; e b) redução dos custos decorrentes dos acidentes para a sociedade, governos e organizações.

No tocante ao aumento da fiscalização, é importante destacar que há déficit de 1500 auditores fiscais do Trabalho e que sem a realização de concurso público, torna-se vazio um dos objetivos específicos da revisão da norma.

Os trabalhadores do setor estão expostos a vários tipos de riscos, como os acidentes com cortes e perfurações, além de riscos ergonômicos seríssimos, por posturas inadequadas, serviços repetitivos e peso; a ruídos, variações de temperatura, a ambientes extremamente frios e alagados; a riscos biológicos, como bactérias, fungos, vírus, etc., devido ao contato com carne, sangue, vísceras, entre outros excrementos de animais.

Todos esses riscos, como exposto, levam ao elevado adoecimento e à alta acidentalidade dos trabalhadores, com o gasto de milhões de reais no pagamento de benefícios previdenciários, o que tem levado a Procuradoria Geral Federal ao ajuizamento de ações regressivas (de 2008 a 2010 foram ajuizadas 1021 ações, com uma margem de procedência de 92%). Em 2015, por exemplo, um dos frigoríficos foi condenado ao pagamento de indenização no valor de R\$ 1 milhão, em ação regressiva coletiva, pela exposição dos trabalhadores a frio, ruído, agentes biológicos, poeiras, más condições ergonômicas e psicossociais, em desacordo com a legislação trabalhista.

Outro ponto relevante a ser abordado, é a ausência de qualquer limitação da jornada de trabalho ou controle do ritmo, intensidade e da carga de trabalho no setor, o que seria fundamental para o alcance dos objetivos pretendidos. Embora a legislação trabalhista imponha limites à jornada de trabalho e estabeleça pausas e intervalos, a NR 36 parte do princípio de que haverá horas extraordinárias, uma vez que, quando dispõe sobre as pausas, prevê jornadas superiores a 9 horas e 58 minutos, o que deveria ser impensável nesse tipo de atividade, com tantos riscos aos trabalhadores.

A CLT prevê jornada, em regra, de no máximo 8 horas diárias (art. 58), com a possibilidade de acréscimo de, no máximo, duas horas extras (art. 59). O diploma legal traz, ainda, o descanso obrigatório de 11 horas entre uma jornada e outra (art. 66). Além disso, o setor possui ambientes insalubres e de acordo com o art. 60 da CLT, qualquer prorrogação de jornada em ambiente insalubre deve ser precedida

de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, que analisarão os métodos e processos do trabalho (a única exceção a essa regra é a jornada de 12 por 36 horas, prevista no parágrafo único do citado dispositivo).

Assim, não se pode prescindir das pausas, com a adoção de medidas alternativas como rodízio, por exemplo, e impõe-se clara limitação da jornada de trabalho, da intensidade, do ritmo e da carga de trabalho, o que não é objeto de discussão na revisão da NR 36.

Existe grande disparidade no porte das empresas do setor (80 mil empresas com até 200 empregados e mais de 450 mil com mais de 200 empregados), o que afasta a possibilidade de previsão de gerenciamento dos riscos pelos próprios estabelecimentos, uma vez que, de antemão, sabe-se que as normas de segurança, em regra, não são observadas pelas empresas.

Não se pode continuar a fechar os olhos para a necessária modificação dos processos produtivos, afastando-se o que Vincent de Gaulejac chamou de “gestão como doença social”³¹.

4. CONCLUSÃO

Devido aos altos índices de adoecimento e acidentalidade no país, é necessário o diálogo social e o estabelecimento de políticas de conscientização, prevenção dos acidentes e doenças e a eliminação dos riscos nos ambientes de trabalho.

O país não pode ostentar elevados níveis de produção e exportação no mercado internacional e apresentar resultados alarmantes em termos de adoecimento e acidentes de trabalho, como “celeiro do mundo” na área de prevenção em saúde e segurança do trabalho.

Sem medidas concretas para barrar o adoecimento e a acidentalidade das trabalhadoras e trabalhadores, as previsões nesse sentido não passam de boas intenções, sem a densidade necessária para gerar mudanças nesse quadro.

E necessário romper essa lógica, voltada apenas à produção, sem a consideração do elemento humano, para que revisões e reformas não signifiquem desintegração em termos de organização do trabalho e o aprofundamento da degradação do meio ambiente de trabalho.

31. GAULEJAC, Vincent de. *Gestão como Doença Social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social*. São Paulo: Ideias e Letras, 3. ed. 2007.

Nesse sentido, espera-se que a adoção da proteção do meio ambiente de trabalho como princípio fundamental da Organização Internacional do Trabalho possa trazer mudança efetiva nos processos produtivos e na organização do trabalho como um todo, a fim de que os índices de acidentalidade e adoecimento sejam reduzidos.

5. REFERÊNCIAS

- CONFORTI, Luciana Paula. *Acidentalidade no Brasil e a proteção do meio ambiente de trabalho*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acidentalidade-no-brasil-e-a-protecao-do-meio-ambiente-de-trabalho-28042022>>. Acesso em: 31 jul.2022.
- *Frigoríficos: muitos acidentes e a necessária preservação legal*. Le Monde Diplomatique. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/frigorificos-muitos-acidentes-e-a-necessaria-preservacao-da-protecao-legal/>>. Acesso em: 30 jul.2022.
- GAULEJAC, Vincent de. *Gestão como Doença Social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social*. São Paulo: Ideias e Letras, 3. ed. 2007.
- MELO, Raimundo Simão. *Falta de Prevenção ainda causa muitos acidentes de trabalho no Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/falta-prevencao-ainda-causa-acidentes-trabalho>>. Acesso em: 31 jul.2022.
- VELOSO, GLAUCIA. *Trabalhadores no Governo Ditatorial: Legislações em Saúde, Higiene e Segurança do Trabalho (1970-1980)*. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<https://www.gov.br/fundacentro/pt-br/assuntos/noticias/noticias/2017/6/pesquisa-analise-legislacao-em-sst-criada-na-decada-de-1970>>. Acesso em: 31 jul.2022.

Racismo estrutural e reparação civil: novos rumos para velhas questões

*Structural racism and civil damages:
new directions for old issues*

Rodolfo Pamplona Filho*

Laísila Carla de Carvalho Silva**

RESUMO: Como resultado da popularização do debate sobre racismo estrutural, vislumbra-se o aumento do número e complexidade de demandas de reparação civil por danos causados por condutas racistas. Assim, o Poder Judiciário precisará se capacitar para gerir e solucionar essas demandas, oferecendo uma tutela adequada às vítimas e superando os artifícios que servem à perpetuação do racismo na sociedade brasileira.

ABSTRACT: As a result of the popularization of the debate about structural racism, there is an increase in the number and complexity of demands for damages caused by racist conducts. Thus, the Judiciary will need to be enabled to manage and resolve these demands, offering adequate protection for the victims and overcoming the artifices which serve to perpetuate the racism in Brazilian society.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo estrutural – Danos – Responsabilidade Civil – Poder Judiciário

KEYWORDS: Structural racism – Damages – Civil liability – Judiciary

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Racismo estrutural no Brasil. 3 A ampliação do debate acerca do racismo estrutural. 4 Racismo estrutural e reparação civil. 5 Conclusão. 6 Referências.

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

(*) 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).

(**) 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*.

discriminação que tem a raça como fundamento”¹. 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.²

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 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.³ 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 disseminadas⁴, 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, estaremos correndo o risco de cometer ainda mais injustiças.⁵

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.⁶

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

1. ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 25.
2. ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 38, 42 e 43.
3. 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.

4. 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.
5. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 369.
6. 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.

do *Habeas Corpus* 82.424/RS⁷, em 2004, essa proteção foi estendida à comunidade judaica e, em 2020, às vítimas da transfobia e homofobia, no bojo do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF⁸.

Conforme aduz Humberto Bersani, “as raças existem em função do racismo enquanto ideologia”⁹. Esse é um dado fundamental à compreensão da estrutura e funcionamento da sociedade brasileira na qual se evidencia a marginalização dos grupos racialmente discriminados e o consequente 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 laboral¹⁰. 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 – se não 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 intensificaram 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 país¹¹. 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 racismo. Miguel Otávio, criança negra de 5 anos, não resistiu ao cair de um edifício em Recife. A vítima fora deixada pela mãe, empregada doméstica, aos cuidados da patroa

7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, DJ 06/10/2020.

9. BERSANI, Humberto. *Racismo estrutural e direito à desestratificação: um estudo a partir das relações de trabalho*. Belo Horizonte: Casa do Saber, 2020, p. 60.

10. 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.

11. 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.

que, conforme dados da perícia¹², 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.¹³ 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 violência policial e violências que interseccionam racismo e outras formas de discriminação¹⁴.

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)¹⁵, para prever a aplicação imediata de cota racial de 30% na composição da 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.

1. No âmbito do Ministério Público, destaca-se o Movimento Afro Presença¹⁶, 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 questão¹⁷.

12 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.

13 A Convenção foi ratificada e depositada em Maio de 2021, quase oito anos após a assinatura.

14 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.

15. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Regulamento Geral do Estatuto da Ordem da OAB, de 06 novembro de 1994. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao-oab/regulamentogeral.pdf>. Acesso em 30 abr. 2021.

16. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Afro presença. Disponível em: <https://afropresenca.com.br/>. Acesso em 30 abr. 2021.

17 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.

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 profissional¹⁸.

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 humor¹⁹.

4. 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 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 personalidade²⁰. 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 STJ²¹, 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”²². Com efeito, a construção dos projetos pessoais dos indivíduos negros na sociedade brasileira é continuamente obstruída pelo racismo.

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

18. 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.

19. MOREIRA, Adilson. *Racismo recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 115.

20. GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil V. 3: Responsabilidade Civil*. 17ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 102.

21. STJ, REsp 1221757/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 10-2-2012.

22. 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

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”²³. 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 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. (RR-1000390-03.2018.5.02.0046, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 04/12/2020).

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”²⁴. 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

23 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.

24. 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.

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 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.

5. 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 nacional²⁵. 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.

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 lesiva²⁶.

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.

6. 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://noticia-preta.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.
- 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.
- 25 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 abr. 2021.
- 26 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. 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/751_969-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/a08_v29n1.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-policial>. 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/legislacao/oab/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. 2021.
- STJ, REsp 1221757/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 10-2-2012.

Acerca da citação editalícia no procedimento sumariíssimo: uma garantia constitucional na processualística trabalhista

Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques*

Geovane de Assis Batista**

RESUMO. O presente artigo tem como objetivo básico demonstrar que o regramento processual radicado no inciso II, do art. 852-B c/c o § 1º, do art. 840, da CLT, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional pátrio, na medida em que cerceia o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, pelo que, em conformidade com o princípio da acessibilidade ampla ao poder judiciário, reputa-se possível e válida a citação editalícia no procedimento sumariíssimo. Inteligência do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do Trabalho. Procedimento sumariíssimo. Citação editalícia. Acessibilidade. Prestação jurisdicional constitucional.

ABSTRACT. The basic objective of this article is to demonstrate that the procedural rules based on item II of art. 852-B with § 1 of art. 840, of the CLT, proves to be incompatible with the country's constitutional order, insofar as it restricts the worker's access to the Labor Court, so, in accordance with the principle of broad accessibility to the judiciary, it is considered possible and valid, the public notice in the summary procedure. Intelligence of item XXXV, of art. 5 of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Work Process. Summary procedure. Public notice. Accessibility. Constitutional jurisdictional provision.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo e Procedimento. 3. Do procedimento sumariíssimo no processo do trabalho. 4. Considerações finais. 5. Referências.

indireto ou fictício, como sói ocorrer com a comunicação feita por edital. Com efeito, de acordo com o código de processo civil, a citação, por edital, terá lugar nos casos em que o réu seja ignorado, incerto, ou inacessível o lugar em que possa ser encontrado, ou ainda nos casos expressos em lei.

A processualística trabalhista conhece da comunicação editalícia somente nos casos em que a *litis contestatio* fluir pelo procedimento ordinário. Sendo, porém, sumariíssimo o procedimento, o legislador consolidado veda expressa e peremptoriamente a possibilidade de ato processual de comunicação, situação que implica manifesto cerceio ao direito obreiro de acesso à prestação jurisdicional.

Ora, ao contrário do que pensa parte da doutrina e da jurisprudência favoráveis a tal racionalidade jurídica, defende-se, aqui, à hipótese de ser juridicamente possível e válida, no processo do trabalho, a citação editalícia no procedimento sumariíssimo, dado que o texto constitucional vigente assegura ao trabalhador plena e irrestrita acessibilidade à Justiça.

Para demonstrá-la, os articulistas recorrem a um texto explicativo e discursivo a partir da hermenêutica de dispositivos processuais insertos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, no Código de Processo Civil (CPC) e na Constituição Federal (CF), seguida sempre do aporte da boa doutrina e remaniosa jurisprudência pretoriana.

1. INTRODUÇÃO

Em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a citação se revela ato de comunicação indispensável para dar ciência ao réu da existência de ação movida contra si a fim de que ele integre a relação processual, e ofereça, querendo, a competente contestação.

Via de regra, a citação é realizada diretamente na pessoa do réu. Pode, contudo, se dar de modo

2. PROCESSO E PROCEDIMENTO

*Processo*¹ constitui operação ou complexo de atos combinados para consecução de um fim deliberado, a saber: composição da lide, traduzida na

(*) Juíza Titular da Vigésima Terceira Vara do Trabalho de Salvador (TRT5)

(**) Juiz Auxiliar da Vara do Trabalho de Valença (TRT5).

1. Processo significa "marcha avante", "caminhada", "seguir adiante" (do latim, *procedere*: pro- (para adiante) e -cadere (cair, caminhar, um pé levando o outro para frente), de modo que, "durante muito tempo, foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano." (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. – 18ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001-2002, p. 277).

solução de conflito segundo a ordem jurídica estabelecida. Por conseguinte, o meio pelo qual se faz atuar a lei à espécie é o que se chama *processo*, que, insista-se, consiste numa série de atos coordenados, tendente à atuação da lei, tendo por escopo a composição da lide. Processo, portanto, é meio ou instrumento ou operação de que os sujeitos processuais se valem para obtenção da composição da lide, administrando justiça².

Um dos elementos constitutivos do processo é o procedimento comum, que nada mais é que a regulação do processo quanto às peças escritas, à oralidade, à tramitação, às etapas processuais, aos prazos, entre outros atos³.

O procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é, por assim dizer, a manifestação extrínseca do processo; a sua realidade fenomenológica perceptível⁴.

A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo (*Ibidem*).

Por definição legal, Náufel sentencia que o *procedimento comum* se subdivide em *ordinário* e *sumariíssimo*, e aplica-se a todas as causas, salvo regramento contrário estatuído no código ou na lei especial. Nessa linha, ambos os procedimentos se regem por disposições próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, quando sejam, as determinações gerais do procedimento comum ou ordinário.

Pontes de Miranda adverte que se tem de interpretar procedimento sumariíssimo como o procedimento que, diante do procedimento ordinário, é o outro polo do ritual processual (Náufel, ob. cit.). Vale dizer, o procedimento sumariíssimo é, por assim dizer, o procedimento extraordinário do procedimento ordinário.

Diz-se *extraordinário* o *procedimento sumariíssimo*, exatamente pela necessidade de a estatalidade

ter de oferecer resposta breve e célere ao autor da ação, como **soi** ocorrer nos dissídios individuais entre empregados e empregadores, cujo legislador, sensibilizado com a natureza alimentar da coisa litigiosa objeto de pretensão obreira e resistência patronal, quis pôr nas mãos do jurisdicionado menos um procedimento ordinário, ou sumário, mas, antes de mais, um procedimento superlativo – é dizer: sumariíssimo: um procedimento que deve ser distanciado de toda viciosa morosidade processual, que, muita vez, concorre para ineficácia, ineficiência e inefetividade da prestação jurisdicional. É esse procedimento sumariíssimo que o legislador consolidado deve garantir ao processo do trabalho.

3. DO PROCEDIMENTO SUMARIÍSSIMO NO PROCESSO DO TRABALHO

José Augusto Rodrigues Pinto⁵ conceitua o direito processual do trabalho como conjunto de doutrina, normas e princípios destinados a regular a atividade dos órgãos jurisdicionais do Estado, com vistas à solução dos dissídios (individuais e/ou coletivos) entre empregados e empregadores, bem assim outras controvérsias oriundas da relação de trabalho.

Nos exatos termos da processualística da consolidação das leis trabalhista⁶, recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de quarenta e oito horas, remeterá a segunda via da petição à parte reclamada, *notificando-a*, ao mesmo tempo, para comparecer à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de cinco dias.

A *notificação* é, pois, nada mais nada menos que a *citação* no procedimento comum. Trata-se de chamamento de alguém, ordenado por juiz competente, e a requerimento da parte processual interessada; ou ainda *ex officio*, para vir a juízo, em dia e hora certos, ou dentro em determinado prazo, falar à ação que lhe é proposta, ou responder sobre o objeto que lhe é indicado⁷.

Na consolidação das leis do trabalho, nas disposições enquadradas no *procedimento ordinário*⁸, a citação/notificação será realizada em registro pos-

2. SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 9-13.
3. NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. – 7ª. Edição. São Paulo: Parma, 1984, p. 758.
4. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 277.

5. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira*. – 6ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 32.
SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985.
6. Caput e § 1º, do art. 841 da CLT.
7. NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, p. 259.
8. At. 256, do CPC c/c o § 1º, do art. 841, da CLT.

tal com franquia. Mas se a parte reclamada destinatária criar embaraços ao recebimento, ou não for encontrada, far-se-á a *notificação-por-edital* inserto no jornal oficial ou naquele que publicar o expediente forense, ou, na falta, afixado na sede da Vara.

Diz-se *por-edital* a notificação/citação que se faz por meio de publicação ou afixação na sede do juízo, quando desconhecido ou incerto o réu; ignorado, incerto o inacessível o lugar em que ele se encontra, e nos casos expressamente indicados em lei⁹. Moniz de Aragão aduz que, de um modo geral, imperativa e multimilenar é fazer a citação à própria pessoa do citando; e, apenas por exceção, a lei tolera que seja feita por edital, através do qual se supõe que a notícia chegue ao seu conhecimento¹⁰.

Já nas disposições trabalhistas enquadradas no *procedimento sumariíssimo* (onde os dissídios individuais têm, na data do ajuizamento da reclamação, *valor-da-cause* abaixo de quarenta vezes o salário mínimo legal¹¹), o pedido constante da peça proemial deve ser certo e/ou determinado, além de vir acompanhado do correspondente valor.

No procedimento sumariíssimo, a citação também será realizada por serviço postal. Sucede que, curiosamente, o legislador reformista entendeu por prescrever a impossibilidade da citação editalícia, devendo, por isso, a parte postulante indicar, corretamente, o nome e o endereço da pessoa (física ou jurídica) reclamada¹², sob pena de nulidade e/ou arquivamento da reclamatória, e de ser condenado ao pagamento de custas processuais incidentes sobre o *valor-da-cause*. Eis como vem decidindo a jurisprudência:

A citação por edital, ficta ou presumida deve ser utilizada em caráter excepcional, uma vez que ela dificilmente chega ao conhecimento da parte interessada, daí por que o nosso ordenamento jurídico enumera expressamente as hipóteses em que ela é cabível. Desse modo, tem-se por nula a notificação inicial quando se verifica que o reclamante, a despeito de ter pleno conhecimento do correto endereço da empresa reclamada, ainda assim postulou e teve atendido o seu requerimento para que a

sua citação fosse realizada por edital¹³.

Rebela-se o recorrente contra a decisão que determinou o arquivamento do presente feito sob o fundamento de que no rito sumariíssimo descabe a citação por edital, nos termos do art. 852-B, II, § 1º da CLT. Alega que o posicionamento do Julgador originário importou em cerceamento do seu direito de agir e de amplo acesso ao Poder Judiciário. Persegue a nulidade da decisão de origem, com a conversão do rito processual sumariíssimo para o ordinário e consequente citação por edital das acionadas. Sem razão. Agiu com acerto o Julgador originário ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, na medida em que o comando do art. 852-B, inciso II, § 1º da CLT é taxativo ao estatuir que: “não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado”. Importa salientar que a incompatibilidade da citação editalícia com o rito sumariíssimo não traduz negativa de prestação jurisdicional ou violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, posto que a hipótese se encontra expressamente prevista em lei. Ademais, nada impede que o ora recorrente, posteriormente, ajuíze nova ação contra a mesma parte passiva, tão logo diligencie a obtenção de seu correto endereço para efeito de notificação. Mantenho a decisão. DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para conceder os benefícios da justiça gratuita ao reclamante¹⁴.

Como visto, analisada desde uma empiria processual trabalhista, a jurisprudência vinha entendendo que, nos casos em que o endereço, ou paradeiro, da parte reclamada seja incerto, ou não sabido, ou não conhecido, a viabilidade da citação por edital dever recair sobre o cetro do juiz, a quem caberá perfeitamente transmutar o rito sumariíssimo para o ordinário.

O procedimento do processo pode ser convertido do sumariíssimo para o ordinário, quando aquele não pode ser observado durante todo o seu trajeto, aplicando os princípios da celeridade processual, efetividade e acesso amplo à Justiça. Posicionamento majoritário da 3ª Turma deste Tribunal¹⁵.

9. NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, p. 260.

10. ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. II: arts. 154-269. 5ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1987, p. 283.

11. Art. 852-A, da CLT.

12. Art. 852-B da CLT (Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943). Acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 9.957 de 12 de janeiro de 2000, instituindo o procedimento sumariíssimo no.

13. Processo 0000038-52.2010.5.05.0016 AP, Origem LEGADO, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª TURMA, DJ 09/11/2016. (Grifos nossos)

14. Processo 0021000-47.2007.5.05.0131 RecOrd, Origem LEGADO, Relatora Desembargadora SÔNIA FRANÇA, 3ª TURMA, DJ 20/07/2009. (Grifos nossos).

15. Processo 0010442-88.2013.5.05.0039. Terceira Turma/TST. DJ 23/05/2015. Disponível em www.planalto.gov.br Acesso: 12.05.2022.

Malgrado a razoabilidade, porque animada pelo princípio processual da celeridade na entrega da tutela jurisdicional, é forçoso dizer, com a licença devida, que tal racionalidade vai na contramão da efetividade da prestação jurisdicional, pois que, com a reforma, veio a necessidade da formulação de pedido seguido do valor correspondente, sob pena de o silêncio implicar seu arquivamento, com extinção do processo, sem resolução meritória¹⁶.

Cumpra lembrar que o valor atribuído à causa deve corresponder à soma dos valores de cada pedido da reclamatória. Nesse marco regulatório, parece intuitivo que a tentativa de transmutação do rito sumariíssimo para o rito ordinário não tem o condão de alterar, mecânica e automaticamente, o valor da causa da reclamação inicialmente aforada sob aquele rito, pelo que a futura reclamatória, aforada sob o rito ordinário, necessariamente deverá registrar o valor primário da causa, a saber: inferior a quarenta salários mínimos.

Donde segue que eventual transmutação do procedimento com vistas à citação por edital constitui manejo inadequado para garantia do direito obreiro à prestação jurisdicional, mormente quando o valor da causa quedar inferior ao limite legal.

De fato, independentemente do rito adotado, o valor da causa não sofre alteração. Ora, a seguir o regramento processual da norma consolidada, o julgador não poderia autorizar a notificação editalícia; e, por conseguinte, transmutar, arbitrariamente, o rito sumariíssimo em ordinário para justificar a citação por edital – ainda que o fizesse velado pelos princípios processuais da celeridade e efetividade, e constitucional da acessibilidade à Justiça.

Impõe-se a negativa, especialmente, para aqueles juízes que, tendentes a extinguir o processo, sem resolução do mérito, sobremaneira naqueles casos em que a queixa trabalhista formula pedido sem o valor correspondente. Indubitável que, em casos que tias, o *não-poder-mais-transmutar-o-procedimento-sumariíssimo-para-o-ordinário* significa coerência lógico-jurídica.

Mas, perguntar-se-ão: que fazer? Qual a solução a ser capturada: arquivamento com extinção do processo sem resolução do mérito? Admitida tal hipótese, qual o remédio a ser ministrado ao reclamante, que, malgrado inúmeras diligências (oficiosas e inoficiosas), não lograsse encontrar o endereço

ou saber do paradeiro da parte reclamada: teria que abandonar o seu direito de ação e, em consequência, perder o constitucional direito de acesso à prestação jurisdicional?

Essas *aporias* não são novas, tampouco, por assim dizer, incontornáveis. As respostas, sensíveis ou racionais, a essas questões revelam-se menos aparentes que reais, já que possivelmente encontradas na economia interna do próprio procedimento sumariíssimo, mas desde que haja uma hermenêutica jurídica de tessitura eminentemente constitucional.

De efeito, considerando que o regramento do inciso II, do art. 852-B c/c o § 1º, do art. 840, da CLT, é incompatível com o ordenamento constitucional, precisamente porque coloca em xeque o princípio fundamental do acesso à Justiça (inciso XXXV, do art. 5º, da CF/88), reputa-se juridicamente possível e válida a citação editalícia no processo do trabalho, seja no rito ordinário ou no rito sumariíssimo.

Anote-se que, nessa validade, não há necessidade de transmutação do rito ordinário para o sumariíssimo, pois que toda norma infraconstitucional (v.g., a CLT) carece de legitimidade jurídica para excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, ou bem da vida que se encontrar sob a proteção do ordenamento constitucional¹⁷, conformemente se vê do *Preâmbulo* da Constituição Federal de 1988; em especial, na parte que dispõe sobre a garantia e o exercício de direitos sociais individuais, como aqueles com fluxo no direito substancial e instrumental trabalhistas.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Acresça-se que a inteligência radicada no princípio constitucional do amplo acesso à Justiça sublima outros dois princípios imanentes e balizadores do procedimento sumariíssimo na processualística trabalhista, a saber: o da efetividade e celeridade. Nada obstante, não sem certa razoabilidade,

16. Caput e § 3º, do art. 840, da CLT. [...] e § 3º. Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.” (NR).

17. Inteligência do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.

replicar-se-á: não estaria a citação editalícia, sob o rito sumariíssimo, na contramão de sua genealogia teleológica, a saber: efetivar a prestação jurisdicional com maior celeridade e brevidade, já que a notificação editalícia parece implicar manifesta dilação prazal com consequente fracionamento da *audiência una*?

A objeção é razoável. Todavia, ao contrário do que se possa acreditar, a efetividade da citação editalícia, amalgamada aos princípios da celeridade e efetividade processuais, sugere percurso temporal menos odioso que aquele dispensado à absurda decretação de arquivamento e extinção do processo, porque, na hipótese, inescapavelmente implicará manifesto obstáculo à prestação jurisdicional; sem levar em conta a odiosa perda de tempo na espera da realização da nova audiência designada; outrossim, e antes, em virtude da necessidade de aforamento de nova demanda, que, por lei, certamente seguirá o rito ordinário.

Some-se a isso tudo, o fato de sua concretude somente poder ser exitosa pelo fluxo ou refluxo de uma *não-verdade*, já que, na hipótese, o autor, necessariamente, terá que alterar o valor da causa, indicando-o para além do limite legal, haja vista que, para subsumi-la ao novo procedimento, a transcendência do valor seminal é inevitável, situação em que o reclamante, na inquietude ética, pode ser determinado ou autodeterminado à prática imoral da *acepção de pessoa*, que, levada a cabo, constituiria manifesta absurdidade ao dom da justiça maiúscula.

EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RITO SUMARÍSSIMO. ENDEREÇO DA RECLAMADA. MUDANÇA DE RITO. Não subsiste, até porque não parece razoável que o magistrado promova a extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de indicação do endereço correto de uma das reclamadas, uma vez que, procedendo dessa forma, ofende frontalmente ao princípio do amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, LV), tendo em vista que o reclamante não pode ser apenado em virtude da não localização da parte demandada no endereço em que já havia sido notificada anteriormente, diante do que o Magistrado poderia ter determinado, de ofício, a alteração do rito processual com a citação da 1ª acionada e de seu sócio por edital¹⁸.

18. Processo 0001117-69.2015.5.05.0023, Origem PJE, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 2ª Turma, DJ 20/08/2020.

CONVERSÃO RITO SUMARÍSSIMO PARA ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES. POSSIBILIDADE. É permitido ao órgão julgador, mediante a comprovada impossibilidade de obtenção do novo endereço da reclamada pelo reclamante, determinar a conversão do rito processual sumariíssimo em ordinário, em observância aos princípios da celeridade, da economia processual e da instrumentalidade das formas, considerando que tal procedimento não resulta em prejuízo às partes¹⁹.

É certo que a absurdidade avulta menos pela alteração do procedimento sumariíssimo que pelo açodado decreto de arquivamento. É que, na alteração procedimental, a simplicidade e informalidade (instrumentalidade e/ou fungibilidade) são vetores principiológicos imanentes que animam a processualística trabalhista a serem incondicionalmente respeitados, sem que a observância concorra para alteração do valor original dado à causa.

Paradoxalmente, na segunda absurdidade, valoriza-se mais a forma que a matéria; valoriza mais o procedimento (instrumento) que a substância; valoriza mais o *meio* que o *fim* objetivado pelo Estado Constitucional, a saber: a essencialidade enraizada na composição dos conflitos de interesses resistidos, seja a tutela positiva, ou negativa.

Pois bem. De acordo com Canotilho²⁰, a efetividade do direito ao processo não equivale, necessariamente, a uma decisão favorável: basta que a decisão seja fundada no direito, seja favorável ou não às pretensões deduzidas em juízo. Noutros termos: a *emissão do acesso à justiça* inclui o direito à *emissão de pronúncias sobre o mérito das pretensões*, de modo que:

[...] o direito à tutela jurisdicional não pode ficar comprometido em virtude da exigência legal de pressupostos processuais desnecessários, não adequados e desproporcionados. Compreende-se, pois, que o direito ao processo implique: (1) a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais [...]²¹.

À vista de todo o exposto, obstar a citação por edital, quando a demanda se encontra sob o fluxo e

19. Processo 0001002-95.2017.5.05.0017, Origem PJE, Relatora Juíza Convocada ANA PAOLA SANTOS MACHADO DINIZ, 4ª Turma, DJ 15/07/2019.

20. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1941, p. 498.

21. *Ibidem*, pp. 498-499.

refluxo do procedimento sumariíssimo, inevitavelmente fere de morte a garantia constitucional de acesso à Justiça, situação que certamente autoriza postulação de declaração concreta ou incidental de inconstitucionalidade do inciso II, do art. 852-B, da CLT, ante a ofensa à regra insculpida no inciso XXXV, do art. 5º, da CF/88, cujo controle difuso de constitucionalidade recai sobre partes, o Ministério Público e, *ex officio*, o juiz – inteligência das letras “a” *usque* “d”, do inciso III, dos arts. 97 c/c o art. 102, e alíneas “a” e “b”, do inc. II, do art. 105, ambos da CF/88).

O Controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada²².

Nessa quadra analítica, desde que o Estado avocou o dever de bem prestar a jurisdição, forçoso é intuir que citação editalícia, no procedimento sumariíssimo, constitui garantia constitucional assegurada à processualística trabalhista, não importando se o procedimento a ser observado é o ordinário ou o sumariíssimo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No procedimento sumariíssimo com fluxo no processo do trabalho, a citação por edital constitui garantia fundamentalmente constitucional irreduzível e inescapável ao trabalhador.

O arquivamento da reclamação e ou a transmutação do procedimento sumariíssimo em procedimento ordinário, fundado na defesa da impropriedade da citação editalícia, revelam manufaturas casuísticas já que olvidam do imperativo constitucional garantidor do acesso à prestação jurisdicional.

A diatribe à pretensa impossibilidade de citação de citação por edital nas reclamações trabalhistas conformadas ao rito sumariíssimo no processo do trabalho, impõe-se de forma plenamente justificada enquanto contraponto à concepção doutrinária e jurisprudencial que defende o arquivamento da demanda e/ou a transmutação do procedimento, nos casos em que a parte reclamante desconhece o endereço da parte reclamada; e que certamente permanecerá arquivado até que o trabalhador possa, num golpe de sorte, dele conhecer n’algum tempo e lugar.

A crítica se justifica menos por deleite acadêmico (ou *realismo*, ou *pragmatismo*, ou *ativismo judicial*) que pelo espírito *jurídico-filosófico-pós-positivista-constitucional* radicado no imperativo dever categórico de extrema observância e vigilância panóptica da aplicação dos cânones constitucionais fundamentais e assecuratórios do direito obreiro à acessibilidade ao Poder Judiciário; e isso independentemente do rito processual adotado.

O cume axiomático da Justiça do Trabalho não deve ser aferido somente na medida do procedimento eleito para solução da coisa litigiosa, mas, e acima de tudo, na *solução-em-si-e-para-si*, enquanto ato final, que, certamente, não deve alijar-se da celeridade visa-da pelo bom intérprete e aplicador da norma jurídica.

5. REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II: arts. 154-269*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1987.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 12.05.2022.
- _____. *Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 12.05.2022.
- _____. *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 12.05.2022.
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho: Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 12.05.2022.
- _____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 12.05.2022.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – 7ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1941.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. – 18ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001-2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. – 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. – 7ª. Edição. São Paulo: Parma, 1984.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira*. – 6ª ed. São Paulo: LTR, 2001.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985.
22. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. – 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1132.