



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

**Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência**



**n. 59
2021**

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 59

p. 1 - 330

jul./dez.

2021

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguará, 901 - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927

Telefones: (19) 3731-1600 / (19) 3236-2100

<https://trt15.jus.br>

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguará, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927

Telefone: (19) 3731-1683

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas

E-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br

Telefone: (19) 3236-2100 ramal 2040

Catálogo na Fonte elaborada por
Seção de Biblioteca/TRT 15ª Região
Emmannuela Freitas de Caldas - CRB 8-9565

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola
Judicial do TRT - 15ª Região ; n. 1, jul./dez. 1991-. Campinas/
SP, 1991

Semestral

n. 59, jul./dez. 2021

ISSN 1679 - 8694

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do
Trabalho - Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos
- Brasil. I. Brasil. Escola Judicial.

CDU - 34:331(81)

347.998.72(81)

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista
são de estrita responsabilidade dos seus autores.

Coordenação: Desembargadora Maria da Graça Bonança Barbosa

Colaboradores da organização desta edição:

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas:

Denise Pereira Toniolo

Elizabeth de Oliveira Rei

Pedro Otavio Silva Pereira (Estagiário)

Transcrições para o inglês:

Silvia Regina Guerino

Capa: Marisa Batista da Silva

Projeto gráfico: Ana Paula Takaki

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
é distribuída nos seguintes órgãos, instituições e bibliotecas:

Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Tribunal Superior do Trabalho
Superior Tribunal Militar
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região
Biblioteca Nacional
Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal
Biblioteca do Senado Federal
Biblioteca da Câmara dos Deputados
Biblioteca da Organização Internacional do Trabalho - OIT Brasília
Biblioteca do Ministério Público do Trabalho
Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - AMATRA XV
Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT
Biblioteca da Associação São Bento de Ensino de Araraquara - UNIARA
Biblioteca da Faculdade Adamantinense Integrada
Biblioteca da Faculdade Comunitária de Campinas - FAC
Biblioteca da Faculdade de Campinas - FACAMP
Biblioteca da Faculdade de Direito da Alta Paulista - FADAP - Tupã
Biblioteca da Faculdade de Direito da FAAP - São Paulo
Biblioteca da Faculdade de Direito da USP
Biblioteca da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDC
Biblioteca da Faculdade de Direito de Itu
Biblioteca da Faculdade de Direito de Marília - FADIMA
Biblioteca da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Biblioteca da Faculdade de Direito de São João da Boa Vista - Fundação de Ensino Octávio Bastos - UNIFEOB
Biblioteca da Faculdade de Direito e Administração de Barretos
Biblioteca da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá
Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Letras de Catanduva
Biblioteca da Faculdade de Minas - FAMINAS
Biblioteca da Faculdade Metropolitana de Campinas - METROCAMP
Biblioteca da Faculdade Módulo de Caraguatatuba
Biblioteca da Faculdade Municipal de Direito de Franca
Biblioteca das Faculdades Claretianas - Rio Claro
Biblioteca das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" - UniToledo de Presidente Prudente
Biblioteca das Faculdades Integradas Cantareira - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Integradas - Guarulhos
Biblioteca das Faculdades Integradas - Itapetininga - F. Karnig Bazarian
Biblioteca das Faculdades Integradas Rui Barbosa de Andradina
Biblioteca das Faculdades Integradas - UPIS
Biblioteca das Faculdades Radial - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Unificadas São Luís de Jaboticabal
Biblioteca da Fundação Educacional de Votuporanga
Biblioteca da Fundação Educacional Dr. Raul Bauab - Jaú
Biblioteca da Fundação Educacional Sorocabana - FADI
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Campinas
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Biblioteca da Universidade Bandeirante de São Paulo
Biblioteca da Universidade Braz Cubas de Mogi das Cruzes - UBC
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Descalvado
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Fernandópolis
Biblioteca da Universidade Católica de Pelotas
Biblioteca da Universidade Católica de Santos
Biblioteca da Universidade Cidade de São Paulo
Biblioteca da Universidade Cruzeiro do Sul de São Paulo
Biblioteca da Universidade de Brasília - UNB
Biblioteca da Universidade de Franca - UNIFRAN
Biblioteca da Universidade de Guarulhos
Biblioteca da Universidade de Marília - UNIMAR
Biblioteca da Universidade de Mogi das Cruzes - UMC
Biblioteca da Universidade de Pernambuco - UPE
Biblioteca da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Biblioteca da Universidade de Santo Amaro - São Paulo
Biblioteca da Universidade de Sorocaba
Biblioteca da Universidade de Taubaté - UNITAU
Biblioteca da Universidade do Grande ABC - Santo André
Biblioteca da Universidade do Oeste Paulista - Presidente Prudente
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - Jacareí
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - Franca
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora
Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Biblioteca da Universidade Federal de Pelotas
Biblioteca da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande - UFRG
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Biblioteca da Universidade Ibirapuera de São Paulo
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Lins
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Piracicaba
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Santa Bárbara d'Oeste
Biblioteca da Universidade Metropolitana de Santos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Araçatuba
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Campinas
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Ribeirão Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José do Rio Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Sorocaba
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo
Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO - Salvador
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos
Biblioteca da Universidade São Francisco - Bragança Paulista
Biblioteca da Universidade São Francisco - Campinas
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu - São Paulo
Biblioteca do Centro de Ensino Superior de São Gotardo - CESG
Biblioteca do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal
Biblioteca do Centro Universitário Anhanguera de Leme
Biblioteca do Centro Universitário Capital São Paulo

Biblioteca do Centro Universitário Católico Auxilium - UniSalesiano
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Batatais
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Campinas
Biblioteca do Centro Universitário de Araras
Biblioteca do Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP
Biblioteca do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio - UNICERP
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP - São José do Rio Preto
Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário FIEO - Osasco
Biblioteca do Centro Universitário Monte Serrat - Santos
Biblioteca do Centro Universitário Moura Lacerda - Ribeirão Preto
Biblioteca do Centro Universitário Nove de Julho - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Americana
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Campinas
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Lorena
Biblioteca do Centro Universitário Toledo de Araçatuba - UniToledo
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Bauru - IESB
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul - IMES
Biblioteca do Instituto Superior de Ciências Aplicadas - ISCA - Limeira
Biblioteca do Instituto Toledo de Ensino de Bauru - ITE
Biblioteca do TRT da 1ª Região
Biblioteca do TRT da 2ª Região
Biblioteca do TRT da 3ª Região
Biblioteca do TRT da 4ª Região
Biblioteca do TRT da 5ª Região
Biblioteca do TRT da 6ª Região
Biblioteca do TRT da 7ª Região
Biblioteca do TRT da 8ª Região
Biblioteca do TRT da 9ª Região
Biblioteca do TRT da 10ª Região
Biblioteca do TRT da 11ª Região
Biblioteca do TRT da 12ª Região
Biblioteca do TRT da 13ª Região
Biblioteca do TRT da 14ª Região
Biblioteca do TRT da 16ª Região
Biblioteca do TRT da 17ª Região
Biblioteca do TRT da 18ª Região
Biblioteca do TRT da 19ª Região
Biblioteca do TRT da 20ª Região
Biblioteca do TRT da 21ª Região
Biblioteca do TRT da 22ª Região
Biblioteca do TRT da 23ª Região
Biblioteca do TRT da 24ª Região
Editora Champanhath - Curitiba
Escola Judicial do TRT da 1ª Região
Escola Judicial do TRT da 2ª Região
Escola Judicial do TRT da 3ª Região
Escola Judicial do TRT da 4ª Região
Escola Judicial do TRT da 5ª Região
Escola Judicial do TRT da 6ª Região
Escola Judicial do TRT da 7ª Região
Escola Judicial do TRT da 8ª Região
Escola Judicial do TRT da 9ª Região
Escola Judicial do TRT da 10ª Região

Escola Judicial do TRT da 11ª Região
Escola Judicial do TRT da 12ª Região
Escola Judicial do TRT da 13ª Região
Escola Judicial do TRT da 14ª Região
Escola Judicial do TRT da 16ª Região
Escola Judicial do TRT da 17ª Região
Escola Judicial do TRT da 18ª Região
Escola Judicial do TRT da 19ª Região
Escola Judicial do TRT da 20ª Região
Escola Judicial do TRT da 21ª Região
Escola Judicial do TRT da 22ª Região
Escola Judicial do TRT da 23ª Região
Escola Judicial do TRT da 24ª Região
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EXTERIOR

Argentina

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

China

Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau

Espanha

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla

Universidad de Sevilla

França

Département des Études Internationales, Européennes et Comparatives de L'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne - Paris

Université Cergy Pontoise - Cergy

Portugal

Consulado Geral do Brasil em Portugal

Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique - Porto

Embaixada do Brasil em Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade do Minho - Braga

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Vila Nova Amalição

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões

Ministério da Educação - Lisboa

Ordem dos Advogados - Lisboa

Uruguai

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

Universidad de la República - Facultad de Derecho - Montevideo

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

Des. João Batista Martins César - Diretor

Des. Ricardo Regis Laraia - Vice-diretor

CONSELHO EDITORIAL

Des. Maria da Graça Bonança Barbosa - Editora-chefe

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza

Des. José Otávio de Souza Ferreira

Des. Jorge Luiz Souto Maior

Juíza Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues

Juíza Rosilene da Silva Nascimento

Exterior

Argentina

Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Córdoba

Espanha

Professor David Sanchez Rubio - Universidad de Sevilla

Professor Doutor Rafael de Asís Roig - Universidad Carlos III de Madrid

França

Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy

Portugal

Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa

Uruguai

Professor Mario Garmendia Arigón - Universidad de la República
- Montevideo

CONSELHO TÉCNICO

Pareceristas Nacionais

Membros do TRT da 15ª Região

Des. Fabio Grasselli

Des. João Alberto Alves Machado

Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho

Des. Carlos Alberto Bosco

Des. João Batista Martins César

Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo

Des. Fábio Allegretti Cooper

Juíza Olga Regiane Pilegis

Juiz Marco Antonio de Souza Branco

Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz Flávio Landi

Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira

Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

Juiz José Guido Teixeira Junior

Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca

Juíza Candy Florencio Thomé

Juíza Camila Ceroni Scarabelli

Juíza Rosilene da Silva Nascimento

Pareceristas Internacionais

Argentina

Professor Carlos Alberto Toselli - Universidad de Córdoba

Professor Adrián Goldin - Universidad de San Andrés

Colômbia

Professora Martha Elisa Monsalve Cuéllar - Universidad La Gran Colombia

Espanha

Professor Álvaro Sánchez Bravo - Universidad de Sevilla

Professora Iciar Alzaga Ruiz - Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid

Professor Miguel Cardenal Carro - Universidad de Extremadura

Professor David Montoya Medina - Universidad de Alicante

Itália

Professor Alberto Levi - Universidade de Módena e Reggio Emília

Portugal

Professor João Leal Amado - Universidade de Coimbra

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE	Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO	Fabio Grasselli
VICE-PRESIDENTE JUDICIAL	Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
CORREGEDORA REGIONAL	Ana Paula Pellegrina Lockmann
VICE-CORREGEDORA REGIONAL	Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza
OUVIDOR	Helcio Dantas Lobo Junior
VICE-OUVIDORA	Antonia Regina Tancini Pestana

DESEMBARGADORES DO TRABALHO

(em 26.8.2021)

José Pedro de Camargo R. de Souza	Ana Paula Pellegrina Lockmann
Olga Aida Joaquim Gomieri	Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Eduardo B. de Oliveira Zanella	Helcio Dantas Lobo Junior
Luiz Roberto Nunes	Eder Sivers
Lorival Ferreira dos Santos	Antonia Regina Tancini Pestana
Manuel Soares Ferreira Carradita	Eleonora Bordini Coca
Fernando da Silva Borges	Carlos Alberto Bosco
Gerson Lacerda Pistori	João Batista Martins César
Helena Rosa M. da Silva Lins Coelho	Luiz Felipe P. da Luz Bruno Lobo
Gisela R. M. de Araujo e Moraes	Fábio Allegretti Cooper
Edmundo Fraga Lopes	Maria Inês Corrêa de C. César Targa
Tereza Aparecida Asta Gemignani	Edison dos Santos Pelegrini
Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla	Luciane Storel
Thomas Malm	Ricardo Antonio de Plato
Susana Graciela Santiso	Ricardo Regis Laraia
Samuel Hugo Lima	Wilton Borba Canicoba
Maria Madalena de Oliveira	José Carlos Ábile
Fabio Grasselli	Rosemeire Uehara Tanaka
Erodite Ribeiro dos Santos	Luis Henrique Rafael
Dagoberto Nishina de Azevedo	Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Thelma Helena M. de Toledo Vieira	Jorge Luiz Souto Maior
Manoel Carlos Toledo Filho	Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim
Antonio Francisco Montanagna	João Batista da Silva
Rita de Cássia Penkal B. de Souza	Maria da Graça Bonança Barbosa
Francisco A. da M. Peixoto Giordani	Fábio Bueno de Aguiar
João Alberto Alves Machado	Orlando Amâncio Taveira
Claudinei Zapata Marques	Renato Henry Sant'Anna
José Otávio de Souza Ferreira	

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla (Presidente)

Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri

Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Lorival Ferreira dos Santos

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Fernando da Silva Borges

Des. Gerson Lacerda Pistori

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes

Des. Edmundo Fraga Lopes

Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani

Des. Samuel Hugo Lima

Des. Fabio Grasselli

Des. Manoel Carlos Toledo Filho

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza

Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani

Des. João Alberto Alves Machado

Des. Claudinei Zapata Marques

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

Des. Antonia Regina Tancini Pestana

Des. Edison dos Santos Pelegrini

Des. Luciane Storel

Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla (Presidente)

Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani

Des. Lorival Ferreira dos Santos

Des. Fernando da Silva Borges

Des. Gerson Lacerda Pistori

Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani

Des. Samuel Hugo Lima

Des. Antonio Francisco Montanagna

Des. João Alberto Alves Machado

Des. Eder Sivers

Des. João Batista Martins César

Des. Wilton Borba Canicoba

Des. Rosemeire Uehara Tanaka

Des. Luis Henrique Rafael

Des. Jorge Luiz Souto Maior

Des. Maria da Graça Bonança
Barbosa

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Erodite Ribeiro dos Santos
(Presidente)

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes

Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla

Des. Dagoberto Nishina de Azevedo

Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza

Des. Claudinei Zapata Marques

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

Des. Carlos Alberto Bosco

Des. Fábio Allegretti Cooper

Des. Renato Henry Sant'Anna

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Luciane Storel
(Presidente)

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho

Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Roberto Nóbrega de Almeida
Filho

Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. Eleonora Bordini Coca
Des. Ricardo Antonio de Plato
Des. Ricardo Regis Laraia
Des. José Carlos Ábile
Des. João Batista da Silva
Des. Fábio Bueno de Aguiar
Des. Orlando Amâncio Taveira

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa (Presidente)

Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella

Des. Edmundo Fraga Lopes

Des. Thomas Malm

Des. Susana Graciela Santiso

Des. Maria Madalena de Oliveira

Des. Fabio Grasselli

Des. Helcio Dantas Lobo Junior

Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo

Des. Edison dos Santos Pelegrini

Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes

Des. Larissa Carotta Martins da Silva
Scarabelim

1ª TURMA

Primeira Câmara

Des. Ricardo Antonio de Plato
(Presidente da 1ª Câmara)

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri

Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani

Des. José Carlos Ábile
Des. Fábio Bueno de Aguiar

Segunda Câmara

Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
(Presidente da Turma e da 2ª Câmara)

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho

Des. Susana Graciela Santiso

Des. José Otávio de Souza Ferreira

Des. Wilton Borba Canicoba

2ª TURMA

Terceira Câmara

Des. Rosemeire Uehara Tanaka
(Presidente da Turma e da 3ª Câmara)

Des. Edmundo Fraga Lopes

Des. Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla

Des. Helcio Dantas Lobo Junior

Des. Antonia Regina Tancini Pestana

Quarta Câmara

Des. Larissa Carotta Martins da Silva
Scarabelim

(Presidente da 4ª Câmara)

Des. Dagoberto Nishina de Azevedo

Des. Manoel Carlos Toledo Filho

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza

Des. Eleonora Bordini Coca

3ª TURMA

Quinta Câmara

Des. Lorival Ferreira dos Santos
(Presidente da 5ª Câmara)

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes

Des. Samuel Hugo Lima

Des. Maria Madalena de Oliveira
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

Sexta Câmara

Des. Fábio Allegretti Cooper
(Presidente da Turma e da 6ª Câmara)

Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani

Des. Jorge Luiz Souto Maior

Des. João Batista da Silva

Des. Renato Henry Sant'Anna

4ª TURMA

Sétima Câmara

Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho
(Presidente da 7ª Câmara)

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Carlos Alberto Bosco

Des. Luciane Storel

Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes

Oitava Câmara

Des. Orlando Amâncio Taveira
(Presidente da Turma e da 8ª Câmara)

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Thomas Malm

Des. Erodite Ribeiro dos Santos

Des. Claudinei Zapata Marques

5ª TURMA

Nona Câmara

Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa
(Presidente da Turma e da 9ª Câmara)

Des. José Pedro de Camargo Rodrigues
de Souza

Des. Gerson Lacerda Pistori

Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira

Des. Maria da Graça Bonança
Barbosa

Décima Câmara

Des. Fernando da Silva Borges
(Presidente da 10ª Câmara)

Des. Fabio Grasselli

Des. João Alberto Alves Machado

Des. Edison dos Santos Pelegrini

Des. Ricardo Regis Laraia

6ª TURMA

Décima Primeira Câmara

Des. Luis Henrique Rafael
(Presidente da Turma e da 11ª Câmara)

Des. Antonio Francisco Montanagna

Des. Eder Sivers

Des. João Batista Martins César

Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo

JUÍZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO

(em 26.8.2021)

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Paulo Augusto Ferreira	Batatais	Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
Keila Nogueira Silva	2ª Marília	Fernanda Cavalcanti V. Gaetano	Bebedouro
Mari Angela Pelegrini	Santa Bárbara d'Oeste	Mauro César Luna Rossi	Capão Bonito
Andrea Guelfi Cunha	4ª Jundiaí	José Guido Teixeira Júnior	Itararé
Regina D. G. de Faria Monegatto	Atibaia	Kátia Liriam Pasquini Braiani	2ª Presidente Prudente
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto	Cristiane Montenegro Rondelli	7ª Campinas
Marcelo Garcia Nunes	5ª São José dos Campos	André Luiz Alves	3ª Bauru
Marcos da Silva Pôrto	9ª Campinas	Leandra da Silva Guimarães	Amparo
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	10ª Campinas	Patrícia Glugovskis P. Martins	Mogi Mirim
Adriene Sidnei de Moura David	2ª Piracicaba	Lúcia Zimmermann	1ª Jundiaí
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto	Luís Rodrigo Fernandes Braga	Araras
Margarete A. Gulmaneli Solcia	2ª Catanduva	Laura Bittencourt F. Rodrigues	2ª Americana
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos	Adriana Fonseca Perin	2ª São José do Rio Preto
Ana Cláudia Torres Vianna	6ª Campinas	Ana Paula Alvarenga Martins	1ª Americana
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi	Evandro Eduardo Maglio	Mococa
Cinthia Maria da Fonseca Espada	Garça	Júlio César Trevisan Rodrigues	4ª São José do Rio Preto
Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas	Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã
Regiane Cecília Lizi	Pederneiras	Alexandre Garcia Muller	1ª Marília
Cláudia Cunha Marchetti	2ª Paulínia	Arilda Cristiane S. de P. Calixto	Cravinhos
Olga Regiane Pilegis	11ª Campinas	Cássia Regina Ramos Fernandes	1ª São José dos Campos
Jorge Antonio dos Santos Cota	Itatiba	Júlio César Marin do Carmo	2ª Lençóis Paulista
Oséas Pereira Lopes Junior	1ª Paulínia	Denise Ferreira Bartolomucci	2ª São José dos Campos
Ronaldo Oliveira Siandela	Piedade	Andréia de Oliveira	2ª Taubaté
Levi Rosa Tomé	Itu	Alzeni A. de Oliveira Furlan	Indaiatuba
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis	Alessandro Tristão	Fernandópolis
Luís Fernando Lupato	Ubatuba	Alvaro dos Santos	Hortolândia
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho	Sandro Valério Bodo	2ª Bauru
André da Cruz e Souza Wenzel	Aparecida	Nelma P. G. Sant'Anna Ferreira	1ª Presidente Prudente
Sérgio Milito Barêa	Taquaritinga	Marcus M. Barberino Mendes	São Roque
Marcelo Carlos Ferreira	Salto	Gislene Aparecida Sanches	4ª São José dos Campos
Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho	Adhemar Prisco da Cunha Neto	1ª Jacaré
Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva	Tânia Aparecida Claro	Guaratinguetá
André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas	Pedro Edmilson Pilon	São José do Rio Pardo
Luiz Antonio Zanqueta	Lins	Valdir Rinaldi Silva	4ª Sorocaba
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto	Isabela Tófano de C. Leite Pereira	3ª Piracicaba
Robson Adilson de Moraes	5ª Campinas	Renato da Fonseca Janon	1ª Lençóis Paulista
Dora Rossi Góes Sanches	2ª Jacaré	Márcia Cristina Sampaio Mendes	5ª Ribeirão Preto
José Antônio R. de Oliveira Silva	6ª Ribeirão Preto	Kathleen Mecchi Zarins Stamato	3ª Jundiaí
Flávio Landi	2ª Campinas	Andréia Alves de Oliveira Gomide	1ª Franca
Marina de Siqueira F. Zerbinatti	3ª Campinas	José Antônio Gomes de Oliveira	Jales
Marco Antônio Macedo André	Andradina	Valéria Cândido Peres	Caraguatatuba
Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba	Daniela R. R. Ferreira Borges	Olimpia
Eliana dos Santos Alves Nogueira	2ª Franca	Alan Cezar Runho	Matão
Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté	Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Adamantina
Renata dos Reis D'Ávilla Calil	Capivari	Fernanda C. de Moraes Fonseca	Itapira
Juliana Benatti	8ª Campinas	Daniela Macia Ferraz Giannini	Rio Claro
Luciana Nasr	4ª Campinas	Marcelo Bueno Pallone	Campo Limpo Paulista
Ana Cláudia P. Ferreira de Lima	1ª Bauru	Renato César Trevisani	Ituverava
Alexandre Vieira dos Anjos	Cajuru	Henrique Macedo Hinz	2ª Limeira

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Wilson Cândido da Silva	Lorena	Vinicius Magalhães Casagrande	Itanhaém
Decio U. Matoso Rodovalho	Sumaré	Clóvis Victorio Júnior	1ª Araçatuba
Azael Moura Junior	Bragança Paulista	Fernando L. U. Martins dos Santos	1ª São Carlos
Cleber Antonio Grava Pinto	Penápolis	Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Cruzeiro
Rosana Alves	Porto Ferreira	José Antonio Dosualdo	2ª Jaboticabal
Ana Paula Silva Campos Miskulin	José Bonifácio	Maria Flávia R. de Oliveira Alaite	1ª Limeira
Rodarte Ribeiro	Barretos	André Luiz T. de Castro Pereira	Pirassununga
Maurício de Almeida	2ª Jaú	Rogério Princivalli da Costa Campos	Pindamonhangaba
Ana Lucia Cogo Casari C. Ferreira	1ª Araraquara	Ana Maria Eduardo da Silva	2ª Sorocaba
Alexandre Alliprandino Medeiros	São Joaquim da Barra	Regina Rodrigues Urbano	Leme
João Baptista Cilli Filho	4ª Ribeirão Preto	João Batista de Abreu	Mogi Guaçu
Rodrigo Penha Machado	Orlândia	Antonio Carlos C. de Oliveira	3ª Araçatuba
Marcelo Siqueira de Oliveira	Ourinhos	Carlos Eduardo Vianna Mendes	Botucatu
Candy Florencio Thomé	1ª Sorocaba	Diovana Bethânia O. I. Fabreti	Tietê
Sandra Maria Zironi	Votuporanga	Solange Denise Belchior Santaella	Tatuí
Conceição A. R. de Petribu Faria	2ª Araraquara	Mércio Hideyoshi Sato	Presidente Venceslau
Cecy Yara Tricca de Oliveira	3ª Sorocaba	Wellington Amadeu	Santa Cruz do Rio Pardo
Lucineide Almeida de L. Marques	1ª Jaú	Ricardo Luís Valentini	2ª São Carlos
Elen Zoraide Módolo Jucá	Birigui	Thiago Henrique Ament	Registro
Teresa Cristina Pedrasi	Itapetininga	Carmen Lucia Couto Taube	Avaré
Manoel Luiz Costa Penido	Caçapava	Marcos Roberto Wolfgang	Itápolis
Paulo B. C. de Almeida Prado Bauer	4ª Bauru	Sidney Xavier Rovida	Teodoro Sampaio
Flávio Henrique Garcia Coelho	2ª Assis	Maurício Matsushima Teixeira	São João da Boa vista
Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	2ª Araçatuba	Carlos Alberto Frigieri	3ª Araraquara
Andréa Maria Pfrimer Falcão	1ª Jaboticabal	Camila Ceroni Scarabelli	2ª Ribeirão Preto
Débora Wust de Proença	São Sebastião	Fábio Natali Costa	Dracena

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

(em 26.8.2021)

<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>	<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>
Paulo César dos Santos	São José dos Campos	Andréia N. Rossilho de Lima	Presidente Prudente
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto	Ana Missiato de Barros Pimentel	Campinas
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente	Luís Furian Zorzetto	São José do Rio Preto
Ana Flávia de M. Garcia Cuesta	Campinas	Patricia Juliana Marchi Alves	Campinas
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Cristiane Souza de Castro Toledo	Campinas
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	Luiz Roberto L. dos Santos Filho	Ribeirão Preto
João Dionísio Viveiros Teixeira	Araçatuba	Lays Cristina de Cunto	Campinas
Marco Antonio F. de Rezende	Campinas	Vanessa Cristina Pereira Salomão	Campinas
André Luiz M. Azevedo Sette	São José dos Campos	Maria Lúcia Ribeiro Morando	São José dos Campos
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas	Caio Rodrigues Martins Passos	Campinas
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas	Roberta Confetti Gatsios Amstalden	Ribeirão Preto
Christina Feuerharmel Vellozo	Campinas	Fernanda Amabile M. de S. Gomes	São José do Rio Preto
Ronaldo Capelari	Campinas	Natália Scassiotta N. Antoniassi	Campinas
Mauricio Bearzotti de Souza	Campinas	Francieli Pissoli Mendonça	Ribeirão Preto
Saete Yoshie Honma Barreira	Campinas	Zilah Ramires Ferreira	Bauru
Aparecido Batista de Oliveira	Campinas	Andressa Venturi da C. Weber	Ribeirão Preto
Leticia Gouveia Antonioli	Campinas	Elias Terukiyo Kubo	São José dos Campos
Mauro César Moreli	São José do Rio Preto	Sofia Lima Dutra	Campinas
Paulo Eduardo Belloti	Sorocaba	Gothardo R. B. Van Buggenhout	São José dos Campos
Roberto dos Santos Soares	São José dos Campos	Luciene Pereira Scandiuci Ridolfo	Campinas
Sérgio Polastro Ribeiro	Bauru	Alessandra R. Trevisan Lambert	Campinas
Rosana Nubiato Leão	Araçatuba	Breno Ortiz Tavares Costa	Bauru
Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba	Cláudia Bueno Rocha Chiuzuli	Ribeirão Preto
Rodrigo Adelio Abrahão Linares	São José dos Campos	Danielle Guerra Florentino Lopes	São José dos Campos
Paulo Henrique C. Martinez	Ribeirão Preto	Erika Ferrari Zanella	Campinas
Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto	Luciane Cristina Muraro de Freitas	Campinas
Camila Moura de Carvalho	Campinas	Pablo Souza Rocha	Campinas
Alexandre Klimas	São José dos Campos	Karine Vaz de M. Mattos Abreu	Campinas
Siumara Junqueira de Oliveira	São José dos Campos	Reginaldo L. Pierrotti Junior	São José dos Campos
Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas	Daniele Comin Martins	Bauru
Newton Cunha de Sena	Campinas	Gustavo Triandafelides Balthazar	Campinas
Polyanna Sampaio C. da Silva Santos	Ribeirão Preto	Anderson Relva Rosa	Ribeirão Preto
Amanda Barbosa	Ribeirão Preto	Régis Antônio Bersanin Nieddu	Presidente Prudente
Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto	Bárbara Baldani Fernandes Nunes	Presidente Prudente
Arthur Albertin Neto	Araçatuba	Rosilene da Silva Nascimento	Ribeirão Preto
Marcelo Chaim Chohfi	Campinas	Karine da Justa Teixeira Rocha	Campinas
Patricia Maeda	Campinas	Adriel Pontes de Oliveira	Ribeirão Preto
Edson da Silva Junior	Bauru	Mônica Rodrigues Carvalho Rossi	Ribeirão Preto
Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto	Vinícius de Miranda Taveira	Campinas
Mariângela Fonseca	Bauru	Camila Ximenes Coimbra	Campinas
Luciano Brisola	Sorocaba	Renato Clemente Pereira	Bauru
Rogério José Perrud	Presidente Prudente	Veranici Aparecida Ferreira	Campinas
Josué Cecato	Bauru	Leandro Renato Catelan Encinas	São José dos Campos
Rafael Marques de Setta	Campinas	Karina Suemi Kashima	Ribeirão Preto
Érica Escarassatte	Campinas	Carolina Sferra Croffi Heinemann	Campinas
Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto	Renata Carolina Carbone Stamponi	Bauru
Ricardo Luís da Silva	Sorocaba	José Augusto de A. P. F. de Castilho	Bauru
Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas	Bruna Müller Stravinski	Campinas
Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas	Gustavo Zabeu Vasen	Campinas

Nome	Circunscrição	Nome	Circunscrição
Adriane da Silva Martins	Sorocaba	Rinaldo Soldan Joazeiro	São José do Rio Preto
Christophe Gomes de Oliveira	São José do Rio Preto	Francisco Duarte Conte	Sorocaba
Amanda Sarmiento Gakiya Walraven	Ribeirão Preto	Gilvandro de Lelis Oliveira	Ribeirão Preto
Renata Mendes C. de Castro Pereira	Campinas	Ricardo Henrique B. de Mesquita	Ribeirão Preto
Cauê Brambilla da Silva	São José do Rio Preto	Priscila Pivi de Almeida	Campinas
Ana Paula Sartorelli Brancaccio	Sorocaba	Elise Gasparotto de Lima	Araçatuba
Paula Rodrigues de Araujo Lenza	Ribeirão Preto	Lucas Freitas dos Santos	Ribeirão Preto
Daniele Fernandes dos Santos	Campinas	Camila Trindade Valio Machado	Ribeirão Preto
Rafael de Almeida Martins	Campinas	Gabriel Calvet de Almeida	Bauru
Fábio Camera Capone	Campinas	Paula Cristina Caetano da Silva	Campinas
César Reinaldo Offa Basile	Ribeirão Preto	Lucas Falasqui Cordeiro	Campinas
Lady Ane de Paula S. Della Rocca	Campinas	Sandro Matucci	Sorocaba
Gustavo Naves Guimarães	Sorocaba	Bruno Furtado Silveira	Campinas
Guilherme Camurça Filgueira	Sorocaba	Thiago Nogueira Paz	Ribeirão Preto
Bernardo Moré Frigeri	São José dos Campos	Luiza Helena Roson	São José dos Campos
Fred Morales Lima	Ribeirão Preto	Bianca Cabral Doricci	Ribeirão Preto
Rodrigo de Mattos Takayassu	Ribeirão Preto	Adélia Weber L. Almeida Faria	Ribeirão Preto
Fernanda Frare Ribeiro	Campinas	Fábio César Vicentini	Ribeirão Preto
Mariana Cavarra Bortolon Varejão	Campinas	Angela Naira Belinski	São José do Rio Preto
Carolina Popoff Ferreira da Costa	Sorocaba	Cléa Ribeiro	São José dos Campos
Michele do Amaral	Campinas	Alexandre Silva de Lorenzi Dinon	São José dos Campos
Marcel de Avila Soares Marques	São José do Rio Preto	Priscila Gil de Souza Murad	São José do Rio Preto
Maurício Brandão de Andrade	São José do Rio Preto	Samanta Jansen Falleiros	São José do Rio Preto
Pedro Henrique B. S. de Oliveira	Ribeirão Preto	Aluísio Teodoro Falleiros	São José do Rio Preto
Mouzzart Luis Silva Brenes	Presidente Prudente	Fernando Rodrigues Carvalho	São José do Rio Preto
Eduardo Costa Gonzales	Araçatuba	Walkiria Aparecida Ribeiro	Campinas
Érika de Franceschi	Campinas	Larissa Rabello S. Tavares Costa	Bauru
Érika Rodrigues Pedreus Morete	Presidente Prudente	Afrânio Roberto P. Alves Seixas	Sorocaba
José Rodrigues da Silva Neto	São José do Rio Preto	Elaine Pereira da Silva	Sorocaba
Letícia Helena Juiz de Souza	Ribeirão Preto	José Aguiar Linhares Lima Neto	Campinas
Rodrigo Fernando Sanitá	São José do Rio Preto	Gabriel Borasque de Paula	São José dos Campos
Edma Alves Moreira	Bauru	Cleverson Oliveira Alarcon Lima	Campinas
Otávio Lucas de Araújo Rangel	São José dos Campos	Renata Nunes de Melo	Sorocaba
Marcio Cavalcanti Camelo	Ribeirão Preto	Lucas Cilli Horta	São José dos Campos
Virgilio de Paula Bassanelli	São José do Rio Preto	Heloisa P. de Oliveira Moraes	Araçatuba
Eduardo Alexandre da Silva	Campinas	Emanuele Pessati Siqueira Rocha	à disposição do Tribunal
Táisa Magalhães de O. S. Mendes	Campinas	Ana Célia Soares Ferreira	à disposição do Tribunal
Flavia Farias de Arruda Corseuil	Campinas	Juliana Vieira Alves	à disposição do Tribunal
Bruno da Costa Rodrigues	São José dos Campos	Ana Paula Toledo de Souza Leal	à disposição do Tribunal
Francina Nunes da Costa	São José dos Campos	Pedro de Meirelles	à disposição do Tribunal
Vilson Antonio Previde	Campinas	Cleiton William Kraemer Poerner	à disposição do Tribunal
Paula Araújo Oliveira Levy	Campinas	Gustavo Castro Picchi Martins	à disposição do Tribunal
Daniel Rezende Faria	Ribeirão Preto	Mateus Carlesso Diogo	à disposição do Tribunal
Tábara Gomes Macedo de Leitão	Araçatuba	Guilherme Bassetto Petek	à disposição do Tribunal
Fernanda Constantino de Campos	Campinas	Renan Martins Lopes Belutto	à disposição do Tribunal
Fabio Trifiatis Vitale	Campinas	Érica Alves Canonico	à disposição do Tribunal
Cristiane Helena Pontes	Campinas		

SUMÁRIO

EDITORIAL

SEÇÃO ESPECIAL

GESTÃO OU HUMILHAÇÃO? UMA REFLEXÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE O ASSÉDIO NO TRABALHO	23
HELOANI, Roberto	

ARTIGOS

Doutrina Nacional

AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA E TELEPRESENCIAL: distinções necessárias à luz da Resolução n. 354 do CNJ	41
SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira	
PODE O EMPREGADOR EXIGIR A VACINAÇÃO CONTRA O COVID-19 DOS SEUS EMPREGADOS?	63
NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso	
TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E RELAÇÃO LABORAL: contribuições do <i>RGPD</i> e do direito do trabalho francês	87
GAURIAU, Rosane	
O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL COMO OFENSA AO TRABALHO DECENTE	113
D'OLIVEIRA, Alan Churchil	
LIMITAÇÕES AOS EFEITOS DA TRANSAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA....	129
FERREIRA, Marcelo Carlos; MELO, Saulo Martins de	
GREVES E JUSTIÇA DO TRABALHO: a experiência da Corte de Relações Industriais do Kansas (1920-1925)	151
TOLEDO FILHO, Manoel Carlos; SESTARI, Bruna Rosa	
A COVID-19 NOS AMBIENTES DE TRABALHO E O PAPEL DA VIGILÂNCIA À SAÚDE DOS TRABALHADORES	175
ALIAGA, Márcia Kamei López; LEIVAS, Luciano Lima; SABINO, Marcos Oliveira; PADILHA, Norma Sueli	

COVID-19 E PROTEÇÃO FACIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: PFF2 para todos?	195
RIBEIRO, Priscila Maria; KIRTSCHIG, Guilherme	

Doutrina Internacional

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: modelos comparados y regulación legal y convencional en España	215
MARTÍN MUÑOZ, Maria Rosa	

Trabalhos do Meio Científico

LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO: a inércia do empregador e a caracterização do dano extrapatrimonial	249
CORRÊA, Lucas Adolfo da Cruz	
A CRISE SANITÁRIA E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO: uma análise histórica	267
MOLITOR, Thamiris Evaristo	

JURISPRUDÊNCIA

Ementário	281
-----------------	-----

ATOS NORMATIVOS

Atos normativos	307
-----------------------	-----

ÍNDICE

Ementário	315
Onomástico	321

Normas para submissão e publicação	327
---	-----

Norms for submission and publication	329
--	-----

EDITORIAL

Caros amigos, caras amigas!

Permitam-nos assim chamá-los, pois acreditamos que o que une autores de textos acadêmicos, os administradores da publicação e os seus leitores, destinatários finais desse movimento coletivo de construção e aperfeiçoamento do saber, nada mais é senão um forte e estreito vínculo de afeto em torno de um mesmo tema: nossa condição humana diante das condutas possíveis no espectro social.

De fato, nas próximas páginas congregam-se não apenas esforços de intelectualidade de nossos autores, que generosamente partilham conosco seus profundos conhecimentos sobre relevantes temas do Direito, mas também todo empenho de uma vasta e especializada equipe de pessoas que realizam atividades variadas para que este trabalho chegue assim, tão primorosamente, a nossas mãos.

Referimo-nos aos nossos pareceristas, que leem todo o material escrito que chega à Escola Judicial, recomendando, sempre criteriosa e fundamentadamente, a publicação dos artigos, para que se mantenha a excelência das discussões e dos debates. Referimo-nos, também, à equipe de servidores que direcionam sua refinada *expertise* para a diagramação, preparação gráfica, *design* de paginação, observância das normas da ABNT, garantindo, com isso, sem titubear, o selo QUALIS a esta publicação. A todos os envolvidos para o sucesso deste projeto, nosso mais profundo e sincero agradecimento!

É nesse panorama de especial sensibilidade a conduzir nosso olhar e nosso pensamento sobre temas provocativos, clássicos e atuais, que, em nome do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com imensa alegria e satisfação, vimos lhes fazer um convite à leitura de mais um exemplar de nossa Revista. Teremos a oportunidade de fazer grandes e oportunas reflexões sobre questões importantes da contemporaneidade, marcada pelo avanço irrefreado da tecnologia, exponencialmente incrementado pelos novos contornos de nosso cotidiano pessoal e profissional trazidos pela Pandemia do Covid-19. Ao mesmo tempo, não deixaremos de conduzir nossa atenção também a temas já presentes em nosso dia a dia, desta feita sob premissas não antes colocadas, na busca de melhor atuação frente a situações que invariavelmente integram o mundo do trabalho, agora, porém, com roupagem renovada.

Assim, teremos a satisfação de lembrar, em nossa seção especial, a recente palestra proferida pelo Professor José Roberto Montes Heloani sobre o importante tema do assédio no trabalho, sob o enfoque da gestão de pessoas, hodiernamente utilizado como justificativa para humilhações injustificáveis.

Na mesma linha da nova roupagem a temas que já circulam em nosso campo de atuação, as inovações tecnológicas aplicáveis às audiências por videoconferência e telepresencial são detidamente analisadas pelo Magistrado José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, que, considerando especialmente o necessário distanciamento social decorrente da pandemia de Covid-19, pontua suas distinções à luz da Resolução 354 do CNJ.

A pandemia também é pensada por Priscila Maria Ribeiro e Guilherme Kirtschig, que trazem o olhar do Ministério Público do Trabalho sobre a adequação da proteção facial fornecida aos trabalhadores, sob a visão do princípio da precaução e do direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Já Márcia Kamei López Aliaga, Luciano Lima Leivas, Marcos Oliveira Sabino e Norma Sueli Padilha tratam da pandemia nos ambientes de trabalho e o papel da vigilância à saúde dos trabalhadores, propondo a integração de normas e entidades variadas com o objetivo comum de dar concretude ao princípio da precaução.

A pandemia também levou o professor e acadêmico Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson a questionar se é possível aos empregadores a exigência da vacinação dos empregados, pontuando as repercussões jurídico-trabalhistas do exercício do poder diretivo patronal na esfera da saúde e privacidade dos trabalhadores.

Esse ainda, o tema do tratamento de dados pessoais e relação laboral, de atualidade indiscutível, é objeto do artigo trazido pela pesquisadora Rosane Gauriau, no qual realiza, a partir da experiência francesa, um percutiente exame do tratamento desses dados, tanto na fase pré-contratual, como nas fases de execução do contrato e após o rompimento do vínculo.

A análise do trabalho intermitente como ofensa ao trabalho decente, levada a efeito por Alan Churchil D'Oliveira, parte da premissa da precarização da atividade laboral nessa modalidade, culminando com a proposta de inconstitucionalidade dos artigos introduzidos pela reforma trabalhista que o regulam na Consolidação das Leis do Trabalho.

Já a transação, seus efeitos e limitações é objeto do artigo de Marcelo Carlos Ferreira e Saulo Martins de Melo, no qual, partindo da análise dos acordos judiciais e extrajudiciais e da efetivação dos direitos trabalhistas, centram-se no papel do magistrado como curador de um conteúdo mínimo de patamar constitucional a ser desempenhado nessas situações.

Por sua vez, o tema das greves e Justiça do Trabalho é objeto do artigo de Manoel Carlos Toledo Filho e Bruna Rosa Sestari, que relatam a experiência da Corte de Relações Industriais do Kansas (1920-1925), cujo objetivo principal era eliminar ou neutralizar a eclosão de greves naquelas atividades empresariais nas quais a continuidade era reputada de interesse público.

Em alinhamento com os temas anteriores, os trabalhos do meio científico apresentados por Lucas Adolfo da Cruz Corrêa e por Thamiris Evaristo Molitor trazem à reflexão, o primeiro, a existência de eventuais danos extrapatrimoniais aos empregados que se encontram no denominado limbo jurídico trabalhista previdenciário, e o segundo, a precarização do trabalho decorrente da crise sanitária instaurada pela pandemia do coronavírus, perpassando os temas da escravidão e das recentes reformas trabalhista e previdenciária. Já Maria Rosa Martín Muñoz, em nossa seção de doutrina internacional, traz um intrigante diagnóstico acerca do direito à desconexão digital, especialmente face à aceleração do trabalho implementada pela pandemia do Covid-19.

Como vemos, prezados leitores, as provocações trazidas pelos articulistas de nossa Revista nos lembram que nossa atuação profissional, por vezes incompreendida, ocupa especial posição neste momento de grandes transformações no panorama laboral e de acentuação de crises em diversos ramos de nossa vivência social.

E, como não poderia deixar de ser, especialmente, remetem-nos à importante conclusão de que permanecemos chamados a não nos afastar da base em que se assenta a Justiça do Trabalho, qual seja, a busca incessante da efetivação dos direitos humanos na difícil equação das relações entre capital e trabalho.

Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues,
pelo Conselho Editorial.



SEÇÃO ESPECIAL

GESTÃO OU HUMILHAÇÃO? Uma reflexão contemporânea sobre o assédio no trabalho*

HELOANI, Roberto**

Bom dia a todas, a todas as pessoas que estão nos assistindo. Gostaria de começar a minha fala agradecendo ao Desembargador João Batista Martins César, à Desembargadora Luciane Storel, à Juíza Patrícia Maeda, aos servidores, que foram extremamente gentis e éticos desde o primeiro encontro. Não podemos nos esquecer dessas pessoas que nos ajudam, e muito, embora nós tenhamos uma cultura neste país, oficial, de desprezo pelo serviço público, o que é um absurdo, mas é de coração. Desculpem-me, estou um pouco emocionado em função da Homenagem à Professora Margarida Maria Silveira Barreto, mais do que merecida, e que logo estará conosco no próximo evento. Agradeço, mesmo, a todos que estão aqui e à minha querida amiga Luciana Veloso Baruki, com quem vamos compartilhar destes momentos. Muito obrigado pelo convite, de coração.

Sinto-me também orgulhoso por estar em um evento que está sendo patrocinado por este Tribunal da 15ª Região, que na minha opinião é um dos mais avançados e dos mais atuantes do Brasil. A 15ª Região tem feito um trabalho notável em termos de administração da Justiça, e é fundamental, porque infelizmente o Brasil é um dos países que não assinaram a Convenção 190 da OIT. Vergonhosamente é um país que se omitiu, mesmo sendo de dimensões continentais. A omissão, como dizia o Professor Rubem Alves - que, aliás, foi professor da Unicamp, na Faculdade de Educação - dizia que a omissão é um grave

*Palestra virtual "Gestão ou Humilhação? Uma reflexão contemporânea sobre o assédio no trabalho", promovida pelo **Programa Escola Ao Vivo** do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP, realizada no dia 14 de junho de 2021 e transmitida pelo canal da EJUD15 no YouTube.

**Professor titular da Faculdade de Educação e no Doutorado do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, na área de Gestão, Saúde e Subjetividade. Professor Conveniado junto à Université Paris-X-Nanterre, Laboratoire Genre, Travail et Mobilités (GTM). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Graduado em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Administração pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo - FGV-SP. Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Pós-Doutorado em Comunicação pela Universidade de São Paulo - USP. Livre-Docente em Teoria das Organizações pela Universidade Estadual de Campinas - Unicamp. Pesquisador na área de Assédio Moral/Sexual e Ética Laboral. Membro-fundador do site www.assediomoral.gov.

pecado. Ele tinha - o que eu acho muito bonito - um pé na Filosofia, mas ele tinha um pé no Cristianismo, e se apropriava dos princípios cristãos, verdadeiramente cristãos, não da forma como está sendo apropriada no Brasil, que é o anticristianismo. Como é que você pode ser racista e pode ser cristão? Como é que você pode pregar que cada um "se vire como queira" e ser cristão? Como é que nós podemos, afinal de contas, julgar que é lícito brincar com a vida das pessoas, com a vida dos seus semelhantes e ser cristão? Isso é anticristianismo, isso é ser anticristo. Mas o Professor Rubem Alves era muito coerente e dizia, sim, que a omissão é um grave pecado; então a Justiça tem feito a sua parte, não tem se omitido, e de forma geral, não só o TRT da 15ª Região. Nós temos excelentes juizes, desembargadores, promotores, temos que colocar essa questão, pois como dizia Jürgen Habermas, se acreditamos que somos incapazes, é uma profecia que se autorrealiza, e todos perdem.

Bem, a questão ética nunca foi fácil. Desde Aristóteles, que pensava a ética ter início como uma prática, passando por Baruch Spinoza, para o qual Deus - portanto a perfeição - é a Natureza, e Immanuel Kant, cuja episteme ousou fazer uma síntese entre o racionalismo europeu e o empirismo britânico, nunca tiveram ilusões a respeito desse assunto; se fosse fácil praticá-la não haveria a necessidade do constructo "imperativo categórico", ou melhor, de um dever universal baseado em leis morais tal como bem nos demonstrou o pensador prussiano.

Não só Kant, mas Vaz, Vázquez, Savater, Rios, Eco e tantos outros pensadores, pontuaram categorias que devem nortear-nos em nossas ações, tais como a solidariedade, a justiça, o respeito e, principalmente, a tolerância. Não há como ser ético se nós não toleramos, e tolerar não é simplesmente "eu tolero pois o sujeito é diferente de mim", e, sim, "eu tolero porque o considero semelhante a mim", é diferente de tolerar dizendo "ah, ele é inferior, mesmo assim convivo com ele". Talvez por isso Voltaire (2002; 2008) seja incisivo ao afirmar que a tolerância é a primeira lei da natureza a ser seguida, já que todos nós temos uma porção de erros e fraquezas.

Então a tolerância está no fato de nós reconhecermos muitas vezes situações especiais e, como diria Umberto Eco, "olhar outra vez". Quando Umberto Eco, o grande semiólogo, o grande linguista, o grande filósofo falava sobre o respeito, ele dizia que o respeito é *respectus*, vem do latim *respicere*, olhar outra vez, olhar de outra maneira, observar que pessoas podem ser diferentes, pessoas podem não ter a capacidade de desempenho em uma situação pandêmica como esta, de trabalhar o tanto que trabalhavam anos atrás, 2 anos atrás, 1 ano atrás, 3 anos atrás, mas merecem, sim, respeito.

Baseado nessa ideia conversei com a Dra. Luciana sobre alguns fatos reais, que pude vir acompanhando com a Margarida Barreto,

minha querida amiga, irmã, colega de *site* há mais de 20 anos, bem mais, aproximadamente 25 anos, enfim, o mérito é todo dela, temos estudado essa questão. Peguei alguns fatos reais para que não digam, não aleguem, como hoje em dia com as *fake news*, que quem fala a verdade, em verdade mente. Quem mente fala a verdade, é isso o que a gente chama de guerra híbrida, é quando você inverte o significado, você cria uma verdadeira guerrilha sígnica, a verdade se torna mentira, a mentira se torna verdade, a justiça se torna injustiça e a injustiça acaba sendo louvada. Então, até para que nos defendamos desse potencial de inversão semiótica, que foi muito utilizada por Goebbels no nazismo, peguei fatos reais, fatos do cotidiano para que possamos observar o que é assédio moral, o que é assédio sexual, o que é um simples desentendimento e aquilo que é simplesmente intolerável, e que a Justiça tem que se posicionar, caso contrário ela também se torna cúmplice.

Vamos lá, observemos uma foto. A foto é de uma caixa blindada no meio de uma sala. O que é isso? Vocês diriam: “- Isso parece ser a cabine de proteção de um banco, uma agência de um banco onde colocaram uma cabine de proteção, que em princípio impede assaltos, desestimula assaltantes”. Não. A primeira vez que eu a vi também cometi esse erro, falei: “- Nossa, que cabine! Até que é razoável, bonitinha, não é? É de um banco?”. Não. Por incrível que possa parecer, foi uma ideia brilhante de determinada empresa para os seus colaboradores. Como assim, para os seus colaboradores? Sim, é uma cabine que vai ser instalada na casa de seu funcionário *home office*, para que ele não tenha sua atenção desviada com os afazeres domésticos, com seus filhos, com a sua esposa. Assim ele fica enfurnado, literalmente, nesta cabine com ar-condicionado, vejam bem, com ar-condicionado! E ele fica concentrado horas e horas a fio, talvez o dia todo dentro dessa cabine. Sai para as suas necessidades fisiológicas e para comer alguma coisa, caso contrário ele corre o risco de desmaiar dentro da cabine, não é?! Então esta cabine não é uma cabine bancária, é uma cabine doméstica. É claro que quem não concordar provavelmente não terá que usar a cabine, mas também não terá mais emprego. Vejam bem, é uma situação real de 2020 e 2021. Está aqui inclusive, em uma foto do jornal **Correio Braziliense**, na coluna de Amauri Segalla, Mercado S/A, cuja matéria é intitulada “A cabine que monitora funcionários”.

Bem, e o que é isso? [mostra-se a imagem de pessoas ajoelhadas usando máscara, lado a lado, na calçada frente a um comércio, intitulada “Oração na calçada?”] Vocês diriam: “- São pessoas muito...” - falávamos nós de Cristianismo, de verdadeiros princípios cristãos, que concernem à fraternidade, à solidariedade, à compreensão, é isso, não é, que caracteriza o Cristianismo? Obviamente, e vocês podem pensar: “- Mas aí já beira um certo fanatismo, não é? As pessoas ajoelhadas na calçada! Será que é uma promessa, alguma coisa do gênero?”. Não, não são pessoas fervorosas rezando. “- Quem são elas?”. São, em verdade,

pessoas que estavam com receio de ir ao trabalho e foram coagidas a trabalhar. “- Como assim?”. Foram coagidas a trabalhar e, depois, tiveram que pedir de joelhos para voltar a trabalhar. Mas cometeram um pecado, para alguns lojistas, um pecado gravíssimo. “- Que pecado?”. Elas exigiam a utilização de máscaras, exigiam que todos que entrassem na loja utilizassem máscara, e aqueles que não concordassem, não poderiam entrar. Consequentemente foram punidas, tendo que se ajoelhar e pedir novamente para trabalhar.

Manchete: “Lojistas são denunciados por assédio moral por coagirem trabalhadores em protesto na PB”. Vejam bem que essas citações são situações reais, não tem nenhuma invenção, são situações que aconteceram recentemente, aproximadamente há 8 meses, 6 meses, 5 meses atrás:

ASSÉDIO MORAL. Assédio moral é uma conduta abusiva, intencional, frequente e repetida, que ocorre no meio ambiente laboral, cuja causalidade se relaciona com as formas de organizar o trabalho e a cultura organizacional, que visa humilhar e desqualificar um indivíduo ou um grupo, degradando as suas condições de trabalho, atingindo a sua dignidade e colocando em risco a sua integridade pessoal e profissional. (HELOANI; BARRETO, 2018, p. 53).

E daí nós podemos pensar: o que está acontecendo em um momento tão grave, de uma catástrofe sanitária, uma catástrofe financeira para a classe média e para a classe trabalhadora, com quase 15 milhões de desempregados e com a fome crescente?

Aliás, Josué de Castro, um geógrafo e autor que estudei quando fazia Direito na USP - e havia um professor de economia, o Prof. Núncio, que trabalhou com Josué de Castro -, Josué escreveu, em 1946, um livro interessantíssimo, chamado **Geografia da Fome** (o livro foi escrito em 1945 e publicado em 1946). Tem nele uma frase interessantíssima: “metade não dormirá em função da fome e o restante não dormirá por medo daqueles que passam fome”. Talvez eu tenha trocado uma palavra ou outra, mas lembro-me muito bem, ficou marcada, nas minhas aulas de macroeconomia na Faculdade de Direito da USP, a frase de Josué de Castro.

Vejam, o interessante é que nós estamos vivendo no Brasil essa situação, temos que conviver com essa situação, e nesse momento de tamanha incerteza, nesse momento em que nos sentimos frágeis, nesse momento no qual estamos adoecendo fisicamente e mentalmente, o assédio moral continua a ser praticado. Isso é extremamente grave porque seria o momento em que deveríamos nos unir, deveríamos justamente ter o *respectus*, aquilo que Umberto Eco chamava de olhar de outra maneira,

olhar de outra forma, ser mais tolerante, ser mais solidário, ter maior senso de justiça, mas não é assim.

O assédio moral, nós sabemos, como diria Margarida Barreto, não é qualquer coisa, o assédio moral não é qualquer desentendimento. O desentendimento nós podemos ter, pode ocorrer entre pessoas as mais gentis, pessoas as mais corretas, com o maior senso de justiça, porque nós somos todos humanos. Em um ambiente laboral e cada vez mais estressante, diga-se de passagem, agora na pandemia todos nós estamos tendo um ataque de nervos, é natural que ocorram problemas de comunicação na comunicação virtual, ou mesmo na presencial. Isso não tem nada a ver com assédio, desde que não se dispense o respeito. Mas quando você tem situações como essas que acabei de demonstrar, quando você desconsidera o outro, quando existe uma frequência, quando existe uma repetição, quando existe uma intenção... e aqui, um parênteses. Margarida e eu fomos questionados várias vezes: “- Como é que eu sei se é intencional ou não é intencional?”. Bem, ninguém precisa ser psicanalista para saber ou ser um guru para saber se é intencional ou não. A simples frequência, a sistemática, a conduta abusiva é que mostra ou não a intencionalidade.

Se eu me expresso em um momento com uma frase infeliz, estava muito nervoso, peço desculpas, não há nada demais. Estava nervoso, falei uma palavra, falei alguma coisa que não era o que eu queria: “- Por favor, me desculpe, Célia!”. Enfim, é natural, acabou, isso não tem nada a ver com assédio. É algo que acontece até entre as pessoas que se amam, entre casais que se amam profundamente, entre um pai e uma filha, entre uma mãe e um filho e uma filha. Isso são fatos humanos, fazem parte da lógica humana, que é falha por natureza.

Agora, quando discrimino pessoas por sua cor, por eventual deficiência, por questões religiosas, por questões políticas; quando acabo perseguindo pessoas por seu posicionamento, muitas vezes por defenderem o próprio grupo, por reivindicarem questões que já têm no âmbito jurídico a sua tutela, acabo sendo perseguido injustamente. Obviamente que não é um simples desentendimento, não é um problema de comunicação, sem sombra de dúvida, é uma característica de desrespeito contínuo, portanto é assédio moral, sim!

Às vezes foi um único ato, mas há de se julgar a gravidade. Como aconteceu em um banco, numa região da 15ª Região relativamente próxima, quando um rapaz homoafetivo, voltando do almoço, tinha sido convidado a participar de uma determinada reunião, e a comida, como se diz, não caiu bem. Ele disse: “- Por favor, vocês podem começar a reunião - quem estava presidindo a reunião era um supervisor de fora, nem era daquela agência, era o ‘primeiro’ contato -, porque eu não estou passando muito bem”. Ele se dirige ao toailete e observa que a porta está trancada. Daí ele faz sinal - era um mezanino - para os debaixo, para que

continuassem a reunião, porque ele iria tentar ver um outro toalete por não estar passando bem. Aquele que presidia a reunião simplesmente disse, em voz elevada (todos ouviram): “- Escuta aqui, seu vi[...], você com esse jeito de - com o perdão da palavra - ‘bixinha’ pode utilizar perfeitamente o banheiro das mulheres, não fique perdendo tempo”. Vejam bem, foi uma única atitude, até porque esse supervisor não era daquela agência, mas é algo tão ofensivo, tão humilhante, que se tecnicamente não é assédio moral, obviamente se caracteriza, tem todas as características de dano moral, que está contemplado inclusive no Código Civil.

Então vejam, o assédio moral é uma conduta abusiva, intencional, frequente, repetitiva, que ocorre num ambiente laboral, que visa humilhar, desqualificar o indivíduo. Mas muitas vezes uma única atitude, embora não seja tecnicamente assédio moral, tem todas as características de dano moral, e tem que ser, sim, punida, tem que ser motivo de sanção.

O que nós temos observado hoje em dia, nessa situação pandêmica, é que cresceu, e muito, aquilo que chamamos assédio “virtual” ou “cibernético”, inclusive entre docentes. Tenho vários orientandos que trabalham em instituições privadas, professores de faculdades particulares, que têm passado por situações muito constrangedoras. Quando, por exemplo, eles não conseguem, por alguma questão tecnológica, dar uma aula, eles são, em plena reunião de professores, chamados de “dinossauros”, de pessoas **desqualificadas**. Esta é a palavra que foi utilizada, inclusive, com duas ex-orientandas minhas: “- Vocês são duas desqualificadas”. Aí tem um sentido obviamente denotativo e conotativo, porque, ainda mais para uma mulher ser chamada de desqualificada, há dois sentidos: um de caráter moral, moralista, machista, e outro de pessoa que não está qualificada tecnicamente para ministrar. Mais do que isso, hoje em dia muitos docentes, como muitos trabalhadores, desde os de aplicativos até os professores, como falei, que estão trabalhando em universidades, são obrigados a aderir a um contrato de trabalho absurdamente lesivo aos seus interesses, abrindo mão daquilo que nós chamamos de direitos fundamentais. Mais muitas vezes são obrigados a concordarem com o desvio de função, são contratados para ministrar aulas e acabam tendo que produzir o material didático. Como aconteceu com um caso que acompanhei, além de produzir o material didático, são obrigados a forçar seus alunos a colaborarem, por exemplo, na montagem de aulas virtuais. O que, inclusive, é antiético, você forçar um aluno a fazer isso, mas se não o fizerem, são punidos.

Estou colocando esta questão porque, num mundo virtual pandêmico, que se esperava que as pessoas fossem mais conscientes, que se esperava que as pessoas fossem mais solidárias, que se esperava que as pessoas fossem mais respeitáveis e mais respeitadas - e como diria Jürgen Habermas, tivessem princípios de justiça, que são os princípios da ética -, isso infelizmente não tem acontecido. Menor tolerância

e a utilização da humilhação como instrumento de gestão. Pior, as pessoas estão frágeis; pior, as pessoas estão com medo; pior, as pessoas estão temerosas; pior, as pessoas estão doentes e, portanto, fragilizadas, são mais fáceis de serem exploradas. Daí a necessidade da Justiça, daí a necessidade da intervenção, daí a necessidade da proteção do Estado.

Vamos em frente:

A 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho condenou a Havan a pagar indenização de R\$ 100 mil a um empregado com deficiência mental por assédio moral. As ofensas, baseadas na sua condição de saúde, eram praticadas por seguranças de uma loja da rede em Florianópolis (SC). Por maioria, o colegiado entendeu que o valor, superior ao de outras situações de assédio moral, é justo em razão da gravidade do caso. (MALUCO, 2021).

Tal como aconteceu infelizmente em um grande supermercado da cidade, um rapaz foi jogado ao chão e espancado. Desconfiava-se que ele tinha furtado algo ou alguma coisa semelhante, mas não havia nada. Na verdade, foi constatado que não havia nenhuma razão para tal desconfiança, e mesmo que ocorresse, obviamente nada, nada, absolutamente nada justifica um espancamento, e ele foi espancado de tal forma que foi levado a óbito. Nós continuamos tendo práticas racistas, nós continuamos tendo práticas de intolerância em diferentes atividades comerciais, em diferentes atividades industriais. Isso é algo que nos preocupa. Esse sintagma “maluco e retardado”, infelizmente, é algo que também não é raro em nosso país.

Para que agora comecemos a falar mais um pouco sobre a questão do assédio sexual, estou citando a foto de um veículo que peguei no Google: o que é que é isto? “- Já sei, é um Jeep!”. Em verdade, este é um **veículo** da Segunda Guerra Mundial, e o nome dele é o mesmo nome de um vinho, um **vinho português** muito famoso, excelente vinho, e é o mesmo nome de um **conto infantil** muito interessante, o conto da **Pata Choca**. Uma bela história infantil muito educativa, que conta a história de uma patinha que era discriminada por ser diferente, no entanto, depois ela mostra que, embora diferente da maior parte das outras patinhas, é ela que vai cuidar daqueles que ninguém queria cuidar. Recomendo inclusive para educarmos através dos exemplos, vale a pena, pois é uma bela história infantil.

Mas por que falar disso agora? Porque tanto o Jeep, quanto o vinho português famoso de excelente qualidade, quanto esse conto infantil chamam-se... o quê? **Pata Choca**. O Jeep porque era um veículo muito feio, o vinho porque ele tem uma garrafa bojuda, vejam só que interessante, uma garrafa bem arredondada, gordinha, e a patinha porque ela, como uma pata choca, é bem gordinha. Bonitinho, não é?!

Agora imaginem chamar uma mulher de **Pata Choca**. Foi exatamente o que aconteceu em um ambiente de trabalho, no qual, agora recentemente, cerca de três meses atrás, uma moça não foi só chamada de **Pata Choca**, também foi beliscada nas partes íntimas, teve seus seios apalpadados.

Vejam bem, estou falando de 2021, estou falando do Brasil, não estou falando de um campo de concentração. Estou falando de fatos que acontecem no ambiente laboral:

ASSÉDIO SEXUAL. Assédio sexual designa basicamente todas as condutas de natureza sexual, em suas várias formas de expressões (verbais, gestuais e outras), propostas ou impostas a alguém contra a sua vontade, sobretudo em locais de trabalho. Nunca é um jogo de sedução. Ou seja, são tentativas de troca, sob constrangimento, mesmo que velado, de favores sexuais por favores institucionais. Caracteriza-se quando uma parte decide abusar do seu poder de mando e força a outra a fazer o que não deseja; portanto denota chantagem ou intimidação. (HELOANI; BARRETO, 2018, p. 147).

Não dá para falar que isso é brincadeira, pelo amor de Deus - agora sou eu quem digo. Não dá para falar que isso não foi pensado. Várias vezes - nem que fosse uma vez só seria algo inadmissível -, quando você faz isso de forma reiterada, você chama uma mulher - porque, para os padrões estéticos, tem um corpo um pouco mais gordo - de Pata Choca reiteradamente, você apalpa aquela mulher como se fosse uma fruta, quando você toca nos seios, quando você a belisca, inclusive, e por último dá um tapa nas nádegas, desculpe-me, isso é coisa de fascista, isso é coisa de pessoa que não tem sequer o senso da decência. Isso tem que ser punido com rigor. E, aí sim, não venham me falar, com o perdão da gíria, que é frescura! Temos vários dispositivos no Código Penal que contemplam essas situações de intimidação, de abuso sexual, de importunação etc. Temos vários artigos que mostram como isso, lá trás, há décadas, já era visto pelo Código Penal como atitude absurdamente desqualificante de quem o faz e que merece punição. Se essa matéria, como as Desembargadoras muito bem sabem, era tratada pelo Código Penal, hoje acaba tendo a guarida da Justiça do Trabalho, o que ficou mais claro a partir de 1988 e que achei uma excelente medida. Por quê? Por que a Justiça do Trabalho abraça essa causa? Porque acontece muito no trabalho, porque é necessário.

Vejam bem que coisa louca, nós pioramos! Isso era coisa de cafajeste, isso era coisa de Código Penal, mas hoje nós vemos dentro de empresas, entre pessoas de nível superior, na presença de outros trabalhadores, não é nem às escondidas. Nesse caso que narrei, há testemunhas oculares, nós regredimos, e é por isso que a Justiça do Trabalho,

corretamente, começou a abraçar essa causa. Então o sujeito pode ser processado na Justiça Criminal, e a empresa, se mostrar omissão ou até conivência, como em alguns casos, o fato, a ocorrência foram reiterados e nada se fez, ela acaba sendo solidária no sentido jurídico, acaba sendo responsável pelo que está acontecendo:

ATO OBSCENO. **Ato obsceno**: praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público (art. 233 do Código Penal). É ação de natureza sexual em local público, que geralmente causa constrangimento aos presentes. (HELOANI; BARRETO, 2018, p. 156).

Atos obscenos, por exemplo, nós vamos ter não só como este que acabei de narrar. Também tivemos um caso, por incrível que possa parecer, em uma faculdade particular, na qual uma aluna, acabando o seu mestrado, foi convidada - porque estava tendo dificuldade para atualizar o seu computador e tinha que gravar aulas - para, no final de semana, dirigir-se a essa instituição de ensino, se é que nós podemos chamar de instituição de ensino. Contente, até porque o computador seria atualizado, quando lá ela chegou já pediram, um dos técnicos, coordenador, para que fosse no final do expediente de sábado, pois ele estaria mais sossegado e poderia assessorá-la melhor. Esse “senhor” simplesmente mostrou seus genitais para a moça. Desculpem-me a exposição obscena, no sentido etimológico, fora da cena, mas é realmente extremamente difícil de conceber uma situação como essa, e é o que tem acontecido. É quase uma loucura, na minha opinião, acontecer em locais públicos e em locais privados.

Bem, só para que também não pareça algo exagerado, em recente pesquisa do Instituto Patrícia Galvão, uma instituição séria:

Gritos e xingamentos; discriminação em razão da aparência, raça, idade ou orientação sexual; controle excessivo e críticas constantes; agressão física; elogios constrangedores; assédio e estupro. Estas são algumas das situações de violência, constrangimento e assédio vividas pelas brasileiras no trabalho. (PESQUISA, 2020).

Setenta e seis por cento das mulheres já sofreram violência, assédio moral ou assédio sexual, setenta e seis por cento das mulheres no Brasil. São dados, na minha opinião, bastante relevantes, quais sejam, mais de 2/3: a cada três mulheres, duas já passaram por situações constrangedoras de assédio moral e assédio sexual.

Algo bastante interessante que temos observado é que cresceu o assédio horizontal. O assédio tradicional, digamos assim, é de cima para baixo, é descendente, mas nós temos visto, principalmente nos últimos

anos, que o assédio na mesma linha, horizontalmente, no qual as pessoas estão na mesma situação hierárquica, também cresceu, é o que mais tem crescido. Isso nos faz pensar que, infelizmente, as pessoas, ao invés de colaborarem mais, estão competindo mais. Você assedia porque sabe que assediando você desqualifica o seu colega, você causa um mal-estar de tal forma que, ou ele adocece, ou chega o momento no qual ele fala “- Chega de humilhação”, cai fora e você fica com o encargo do seu colega, qual seja, você fica com as aulas, com o emprego, com a remuneração:

O assédio sexual não deve ser confundido com o assédio moral. [...] embora os dois fenômenos, às vezes, estejam intimamente relacionados e possuam a mesma matriz: atos de violência explícitos ou sutis. O assédio moral é multilateral, pode ser vertical, horizontal ou mesmo ascendente; é frequente, contínuo e objetiva expulsar o trabalhador via demissão forçada ou licença para tratamento das mazelas adquiridas no penoso processo produtivo. O desejo implícito é de ‘destruir’ a vítima. No assédio moral, isso ocorre pela manipulação e controle, mediante humilhação e discriminação, enquanto que, no sexual, ocorre um constrangimento com o escopo de obter um favorecimento sexual, aproveitando-se o agente da sua condição de superior hierárquico na organização. (HELOANI; BARRETO, 2018, p. 159).

Vamos deixar claro que o assédio moral é uma violência. O assédio sexual também é uma violência, mas o assédio moral, no Brasil - isso é muito importante, mas muito triste -, é utilizado principalmente para expulsar aqueles que não estão conseguindo mais produzir do jeito que produziam. O assédio moral tornou-se um expurgo, é uma máquina de escopo para aqueles que estão adoecidos ou prestes a adoecer. O sujeito não consegue trabalhar, começo a humilhá-lo, começo a criar uma situação de tal ordem com aquela pessoa que ela fala: “- Chega dessa tortura, não aguento mais. Eu me sinto um zé ninguém. Eu me sinto um lixo, e estou indo embora”. Todas estas são frases que nós escutamos. Frases que Margarida Barreto já escutou muito, muito e muito. É uma forma de colocar para fora as *personas non gratas*. E funciona, o que é pior, funciona muito bem.

O assédio sexual, obviamente, você não quer expulsar, você quer o corpo da pessoa, você quer humilhação. Há casos nos quais você procede com abuso sexual, você procede com piadinhas, dizeres de cunho sexual grosseiro, obsceno, abjeto, para que a pessoa se sinta humilhada e peça demissão.

Ambos, tanto o assédio moral como o sexual são formas de violência e devem ser condenáveis do ponto de vista ético, moral e jurídico, sem dúvida nenhuma. O que não falta é legislação para isso.

A impunidade é uma desculpa, pois nosso Código Penal é draconiano, nossa CLT também, tem vários dispositivos, e o Código Civil com a questão do dano moral. Enfim, o que não falta é legislação, o que pode faltar é vontade política, mas não legislação.

O primeiro, o **assédio moral**, quer destruir a vítima, quer humilhar, objetiva a sistemática humilhação para que a pessoa, não aguentando mais aquela situação de tortura, de vexame, de percepção negativa - pois acaba ocorrendo uma autopercepção negativa, uma questão identitária, chega um momento em que a pessoa, tão agredida simbolicamente, esta violência psicológica é tão forte que ela acredita ter culpa, acredita ser incapaz, acredita que não conseguirá desempenhar as suas tarefas.

Vejam bem, em um artigo meu e da Margarida, de 2003, um artigo antigo, colocávamos que é um **crime com luvas de pelica**. E mais, nós colocamos: a vítima se torna exatamente aquilo que o agressor quer que ela se torne. Porque uma pessoa que está com medo, uma pessoa que é humilhada constantemente, ela não dorme bem, não se alimenta bem, tem pesadelos; ela começa, de uma forma terrível, a se antagonizar, a se desentender com a própria família, torna-se instável emocionalmente; enfim, ela adocece mentalmente. E daí acredita que a agressão que está sofrendo, ou melhor dizendo, o conjunto de humilhações, a jornada de humilhações é merecida. Esse conjunto é merecido, essas humilhações são merecidas porque ela é uma incapaz, faz corpo mole, e não percebe que está adoecendo e caminhando para uma depressão severa. Vejam bem, depressão severa não tem nada a ver com estar tristezinha. Depressão é doença e pode levar à morte, pode levar ao suicídio. Nós já acompanhamos, nós já constatamos, por várias vezes. Eu mesmo acompanhei o caso de um grande banco, em uma pesquisa que fiz com a ajuda de uma grande amiga do Rio de Janeiro, um grande banco que, propositalmente, adotou técnicas de gestão excepcionalmente humilhantes, que levaram muitos bancários a se matarem, muitos deles a colocarem fim à própria vida. Talvez, inclusive, a Dra. Luciana Veloso Baruki, próxima palestrante, irá tocar nesse assunto.

No **assédio sexual** você simplesmente faz com que, geralmente as mulheres - mas não só elas, existe assédio sexual em relação a homens, sim, e cresceu -, abduquem de um direito fundamental, o direito de dispor do seu corpo da forma como quiserem, com quem e quando quiserem. Isso faz parte dos direitos fundamentais, que estão previstos na Constituição Federal e na Carta de Direitos Humanos da ONU; explicitamente previstos, se violados têm que ser punidos pelo Código Penal, pelo Código Civil, pela CLT, e a Justiça tem que se fazer valer.

Por que coloco essa questão e dou ênfase a isto? Porque falam: “- Afinal de contas, a vida é só uma, temos que tirar o máximo proveito”. Nós vivemos numa sociedade na qual as pessoas são muito imediatistas,

e na pandemia isso ainda se agravou, ao invés de haver mais reflexão. Se algumas pessoas se tornaram mais reflexivas, com maior capacidade de percepção, de empatia, no sentido correto da palavra, que é colocar-se no lugar do outro, sentir as dores do outro, sentir as necessidades do outro, algumas pessoas, ao contrário, parece que se aproveitam da fraqueza alheia para tirarem mais proveito. Às vezes nos esquecemos daquilo que Luc Ferry costuma refletir em suas obras, não é possível ser feliz na miséria absoluta. Nenhum ser humano consegue ser feliz, a humanidade não consegue ser feliz se estiver rodeada de infelicidade.

Creio que a Justiça do Trabalho, principalmente, tem a missão extremamente relevante de garantir a dignidade humana, de fazer com que nós não tenhamos que conviver com o processo de barbárie, o que infelizmente nos foi negado por certos gestores públicos. Ou nós fazemos valer os direitos fundamentais, ou nós teremos não só uma pandemia de caráter sanitário, mas uma pandemia de caráter ético e moral. Nós não podemos regredir, não devemos ser coniventes com o que nos espera. O assédio moral e o assédio sexual podem e devem ser punidos, e espero que o Ministério Público, a Justiça do Trabalho e todos nós pesquisadores e pessoas comprometidas com a dignidade humana se expressem de uma forma veemente, **não** à barbárie, **não** à utilização das pessoas, **não** à exploração. A favor da fraternidade, a favor dos princípios cristãos, que estão sendo muito mal apropriados por certas falas de muitos mandatários.

Agradeço muito, novamente, ao Tribunal da 15ª Região, o convite. Procurei, no meu pensamento, fazer uma homenagem à minha amiga e irmã, à pessoa que começou os estudos de assédio moral no Brasil, que foi Margarida Barreto. É uma honra poder estar ao lado de vocês.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.
- CASTRO, Josué de. **Geografia da fome**. Rio de Janeiro: Emp. Gráf. O Cruzeiro, 1946.
- ECO, Umberto. **Five moral pieces (essays)**. New York: Vintage, 2010.
- FERRY, Luc. **Qu'Est-CE Qu'Une Vie Reussie?** Paris: Grasset & Fasquelle, 2003.

FREITAS, Ester; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio moral no trabalho**. São Paulo: Cengage, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio moral: gestão por humilhação**. Paraná: Juruá, 2018.

HELOANI, Roberto. **Modelos de gestão e educação: gerencialismo e subjetividade**. São Paulo: Cortez, 2018.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MALUCO e retardado: Havan é condenada por assédio moral a empregado com deficiência mental. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-14/havan-condenada-assedio-moral-empregado-deficiencia>.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Tradução de Alexandre Braga Massela. São Paulo: Iluminuras, 2000.

NIETZSCHE, F. **Obras incompletas**. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Coleção "Os Pensadores".

PESQUISA revela: 76% das mulheres já sofreram violência e assédio no trabalho. **Agência Patrícia Galvão**, São Paulo, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa-revela-76-das-mulheres-ja-sofreram-violencia-e-assedio-no-trabalho/>.

RIOS, Terezinha. A presença da filosofia e da ética no contexto profissional. **Organicom Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas**, São Paulo, ano 5, n. 8, p. 78-88, 1. sem. 2008.

SANCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética y política**. México: Fondo de Cultura Econômica, 2007.

SAVATER, Fernando. **Ética como amor-próprio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais** (ou Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos). Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SPINOZA, Baruch de. **Ética demonstrada à maneira dos geômetras**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

VAZ, H. C. de Lima. **Escritos de filosofia II: ética e cultura**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

VAZ, H. C. de Lima. **Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica 1**. São Paulo: Loyola, 1999.

VOLTAIRE (François-Marie Arouet). **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

VOLTAIRE (François-Marie Arouet). **Tratado sobre a tolerância**. Porto Alegre: L&PM, 2008.



ARTIGOS



Doutrina Nacional

AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA E TELEPRESENCIAL: distinções necessárias, à luz da Resolução n. 354 do CNJ*

VIDEOCONFERENCE AND TELEPRESENTIAL HEARINGS: necessary distinctions in light of Resolution n. 354 of the CNJ

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira**

Resumo: O presente estudo apresenta a distinção necessária entre as audiências por videoconferência e telepresencial, que resultou bastante clara na dicção da Resolução n. 354 do CNJ. A audiência por videoconferência é a prevista no CPC/2015, para a oitiva de parte e/ou testemunha que reside fora da jurisdição por onde tramita o processo, devendo ser realizada em salas específicas, numa unidade judiciária, com o acompanhamento de um servidor (Resolução n. 341 do CNJ). A audiência telepresencial é a realizada inteiramente de modo virtual, diante da impossibilidade de comparecimento dos atores processuais ao Fórum, por conta do necessário distanciamento social nesta triste época de pandemia de Covid-19 (art. 2º da Resolução n. 354). Com a Resolução n. 354, doravante será obrigatória a participação na audiência telepresencial. Assim, tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência, se não houver uma prova convincente que demonstre quaisquer dessas impossibilidades.

*Grande parte do texto deste breve artigo é extraída do meu **Manual das audiências trabalhistas: presencial, por videoconferência e telepresencial**, publicado pela Editora JusPodivm. Na obra o(a) nobre leitor(a) poderá encontrar a análise completa da temática, em 80 páginas dedicadas a essas audiências, no Capítulo 13.

**Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha - título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP. Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15.

Palavras-chave: Audiência por videoconferência. Audiência telepresencial. Resolução n. 354 do CNJ.

Abstract: The present study presents the necessary distinction between videoconference and telepresence hearings, which was quite clear in the diction of Resolution n. 354 of the CNJ. The videoconference hearing is provided for in CPC/2015, for the hearing of a party and/or witness who resides outside the jurisdiction where the case is processed, and must be held in specific rooms, in a judicial unit, with the monitoring of a server (Resolution n. 341 of the CNJ). The telepresence hearing is held entirely in a virtual way, given the impossibility of attendance of procedural actors at the Forum, due to the necessary social distancing in this sad time of the Covid-19 pandemic (art. 2º of Resolution n. 354). With Resolution n. 354, from now on, participation in the telepresencial hearing will be mandatory. Thus, both in cases of practical impossibility and in cases of technical impossibility, the judge may reject the request for adjournment of the hearing, if there is no convincing evidence to demonstrate any of these impossibilities.

Keywords: Videoconference audience. Telepresence audience. Resolution n. 354 of the CNJ.

1 INTRODUÇÃO

A humanidade está passando por um período sem precedentes. Ainda que já tenha havido várias pandemias no curso da história - tendo sido bastante recordada a provocada pela chamada **gripe espanhola**, de 1918 -, por certo que a **pandemia de Covid-19** tem gerado uma situação caótica, em nível universal. Até mesmo por conta do alto progresso tecnológico alcançado, sobretudo no campo da geração e transmissão das informações, praticamente em tempo real, de canto a canto do planeta a humanidade sente os efeitos nefastos da referida pandemia, que começou no final de 2019 e avança por 2021.

No campo do Direito, **em especial do Direito Processual do Trabalho**, os reflexos imediatos do isolamento social e por vezes do *lockdown* são absurdamente intensos, proporcionando dificuldades extremadas para a realização das audiências, que são absolutamente essenciais na imensa maioria dos processos que tramitam na Justiça do Trabalho. Como tenho dito, o processo do trabalho é um **processo de audiência**.

Daí que os atores jurídicos, desde o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) até a mais longínqua Vara do Trabalho, com a pronta

intervenção dos pensadores do processo do trabalho, têm feito várias propostas para que os processos trabalhistas tenham, em alguma medida, sua continuidade. Destacam-se, nessa senda, as propostas de realização de **audiências por videoconferência e telepresenciais**.

Ocorre que esses atores jurídicos têm feito uma ligeira confusão, tratando as audiências por videoconferência e as audiências telepresenciais como se fossem a mesma coisa. Contudo, são **institutos distintos**, como eu já apontava com vários argumentos em meu **Manual das audiências trabalhistas**: presencial, por videoconferência e telepresencial - publicado pela Editora JusPodivm -, o que restou bem claro na **Resolução n. 354 do CNJ**. Por esse motivo, temos de envidar esforços para bem compreender as distinções necessárias entre os dois modelos, inclusive para que seja otimizada a busca de se estabelecer regras procedimentais que proporcionem segurança jurídica na prática dessas audiências.

Tem, portanto, este breve artigo o objetivo de investigar as **distinções necessárias** entre esses dois modelos de audiência, sobretudo à luz da Resolução n. 354 do CNJ.

2 AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA

De saída, é bom registrar que a **audiência por videoconferência** foi imaginada, no sistema processual brasileiro, para se evitar o deslocamento das partes e de testemunhas que residem fora da área de jurisdição do foro competente, tornando desnecessária sua ida ao Fórum onde se processa a causa.

De outra mirada, a **audiência telepresencial** está sendo incentivada nesse tempo de **pandemia de Covid-19** por outro motivo, qual seja, a impossibilidade de comparecimento de todos os atores processuais ao Fórum, devido ao necessário isolamento ou distanciamento social. É dizer, ao contrário do que ocorre na modalidade de videoconferência prevista no ordenamento pátrio, na qual o juiz, os servidores e os advogados se encontram **presentes** na sede do Juízo, procedendo-se à oitiva apenas da parte e/ou testemunhas por videoconferência, na chamada **teleaudiência** ninguém comparece ao Fórum. Juiz, servidores, advogados, partes e testemunhas, em resumo, **todos os participantes** da audiência permanecem em suas casas e/ou escritórios e, de lá, por meios telemáticos, participam da audiência.

A **Resolução n. 354 do CNJ** deixou clara como a luz do dia essa distinção. A propósito, veja-se o teor do art. 2º e parágrafo único dessa Resolução:

Art. 2º Para fins desta Resolução, entende-se por:

I - videoconferência: comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias; e

II - telepresenciais: as audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias.

Parágrafo único. A participação por videoconferência, via rede mundial de computadores, ocorrerá:

I - em unidade judiciária diversa da sede do juízo que preside a audiência ou sessão, na forma da Resolução CNJ n. 341/2020; e

II - em estabelecimento prisional. (BRASIL, 2020d).

Não pode haver mais dúvida. A **audiência por videoconferência** somente pode ser a realizada em uma **unidade judiciária**, “diversa da sede do juízo que preside a audiência ou sessão”, por óbvio. Trata-se, em verdade, de uma audiência mista ou híbrida, porque será presencial para os atores que se encontrarem no Fórum onde a causa está sendo processada, e por videoconferência somente em relação aos depoentes que estarão à distância, mas **necessariamente** na sede do Fórum da comarca ou subseção judiciária onde residam.

Para tanto, o Judiciário terá de providenciar **salas específicas** para esses depoimentos, como dispõe a Resolução n. 341 do CNJ, que trata exatamente dessa questão, determinando “aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19” (BRASIL, 2020c).

Com efeito, a normativa desta **Resolução (n. 341)** é bem clara neste sentido. A ver:

Art. 1º Os tribunais deverão disponibilizar salas para a realização de atos processuais, especialmente depoimentos de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça por sistema de videoconferência em todos os fóruns, garantindo a adequação dos meios tecnológicos aptos a dar efetividade ao disposto no art. 7º do Código de Processo Civil.

§ 1º Enquanto se fizerem necessárias medidas sanitárias para evitar o contágio pela Covid-19, a unidade judiciária deverá zelar pela observância das orientações dos órgãos de saúde, especialmente o distanciamento mínimo de 1,5m (um metro e cinquenta centímetros) entre os presentes e a desinfecção de equipamentos após a utilização.

§ 2º Deverão ser designados servidores para acompanhar a videoconferência na sede da unidade judiciária, que serão responsáveis pela verificação da regularidade

do ato, pela identificação e garantia da incomunicabilidade entre as testemunhas, quando for o caso, dentre outras medidas necessárias para realização válida do ato.

§ 3º As salas para colheita da prova oral por meio de videoconferência deverão, preferencialmente, estar localizadas nos andares térreos, de modo a facilitar a acessibilidade e a evitar o fluxo de pessoas nos elevadores e demais andares dos fóruns.

Art. 2º A secretaria do juízo ou do tribunal deverá especificar nas intimações o endereço físico e a localização da sala prevista no art. 1º para aqueles que forem prestar depoimentos.

Parágrafo único. Os magistrados, advogados, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como as partes e demais participantes da audiência que não forem prestar depoimentos, poderão participar da audiência por meio do *link* disponibilizado para o ato por meio de videoconferência. (BRASIL, 2020c).

Na verdade, a audiência por videoconferência não é uma novidade dos tempos de pandemia. Como tem apontado a doutrina, esse tipo de audiência já é realizado no processo penal brasileiro há mais de uma década. A propósito, Kleber Waki registra experiência dessa natureza já no ano de 2000. Veja-se:

A Folha de São Paulo, em sua edição de 5 de julho de 2000, em editorial nominado ‘teleinterrogatório’, registrou a primeira experiência de uma audiência, por meio de videoconferência, de interrogatório de presos em uma cadeia em São Paulo por um juiz criminal no Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães. [...] (WAKI, 2014).

Antonio Umberto de Souza Júnior (2020), em artigo muito interessante a respeito de audiência telepresencial em tempos de pandemia, destaca que a experiência dessas audiências, em nosso país, foi aprofundada “com o advento das Leis n. 11.690/2008 e 11.900/2009 que emprestaram nova redação aos arts. 185, §§ 2º a 9º, 217 e 222, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP)”. O autor prossegue afirmando que, no entanto, no processo penal será “excepcional a realização de audiências por videoconferência ao enumerar, taxativamente, as hipóteses em que elas poderão ser realizadas” (SOUZA JÚNIOR, 2020). Em seguida ele apresenta as **cinco hipóteses** em que, no processo penal, permite-se a **audiência por videoconferência**:

- (i) quando haja risco de fuga do preso durante seu deslocamento escoltado entre o estabelecimento penitenciário e o fórum onde será interrogado;
- (ii) quando o réu esteja doente ou haja outra circunstância pessoal que dificulte sua presença no fórum para ser interrogado;
- (iii) quando seja necessário manter o réu distante da testemunha ou da vítima para afastar a possibilidade de que ele humilhe, constranja ou intimide tais pessoas, desde que estas não possam ser ouvidas por videoconferência;
- (iv) quando se queiram ouvir testemunhas fora da sede do juízo criminal em que a ação esteja correndo;
- (v) quando alguma gravíssima questão de ordem pública interdite a oitiva do réu em audiência presencial, no fórum. (SOUZA JÚNIOR, 2020).

Na sequência, veio a Resolução n. 105/2010, do CNJ, para regulamentar a realização de interrogatório e a inquirição de testemunha por videoconferência no processo penal (GASPAR, 2020).

No âmbito do **processo civil**, ainda que se possa mencionar a Lei do Processo Eletrônico (Lei n. 11.419/2006), foi o **Código de Processo Civil (CPC) de 2015** que estabeleceu uma disciplina legal **específica** para esse tipo de audiência. Tanto é assim que o art. 385, § 3º, deste CPC faculta que o juiz tome o **depoimento pessoal** da parte que resida em comarca ou subseção judiciária distinta daquela por onde tramita o processo,

[...] por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (BRASIL, 2015).

Além disso, o art. 453, § 1º, do CPC permite que o **depoimento de testemunhas**, que também residam em comarca ou subseção judiciária diversa, possa ser colhido “por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico” (BRASIL, 2015).

Na verdade, são **três hipóteses** segundo as quais pode haver a tomada de depoimentos pelo sistema de videoconferência, no processo civil, como aponta Antonio Umberto, e com as seguintes finalidades:

- (i) interrogatório ou depoimento pessoal das partes (CPC, art. 385, § 3º);
- (ii) inquirição de testemunhas (CPC, art. 453, § 1º);
- (iii) acareação das testemunhas ou entre estas e qualquer das partes (CPC, art. 461, § 2º). (SOUZA JÚNIOR, 2020).

Assim, conquanto ainda não tenha se tornado uma prática comum a da realização de audiências por videoconferência nessas situações específicas, a tendência é que, doravante - até pela experiência das **teleaudiências** a partir da instalação do regime extraordinário implantado desde março de 2020, em razão da pandemia de Covid-19 -, cada vez mais, juízes e advogados queiram realizar audiências nessa modalidade.

Não é razoável que a parte que resida em local distante daquele onde tramita o feito tenha que se deslocar até a sede do Juízo para expor seus argumentos, empreender uma tentativa conciliatória, prestar depoimento pessoal e, enfim, defender seus interesses. **Menos lógico ainda** que se continue a determinar a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas que residam em comarca ou subseção judiciária distinta. Em todos esses casos, a **audiência por videoconferência** atende a todos os **princípios basilares** do processo, como do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, da economia processual, da celeridade, da incomunicabilidade das testemunhas e tantos outros.

No processo do trabalho, que prima pela celeridade mais que tudo, a audiência trabalhista será cada vez mais realizada por esse meio, dada a **criatividade** dos juízes do trabalho, que sempre estão em busca de técnicas que possibilitem a celeridade e a efetividade.

Até porque, como já visto, a Resolução n. 354 do CNJ determina que **todos os tribunais**, inclusive os do trabalho, por óbvio, ofereçam as condições materiais e humanas para a realização de audiências por videoconferência.

Destacam-se, nessa Resolução, as **seguintes diretrizes**:

1ª) todos os tribunais têm o **dever de disponibilizar salas** para a tomada dos depoimentos de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça pelo sistema de videoconferência, e em todos os seus Fóruns;

2ª) em cada Fórum, **um servidor terá de acompanhar** e fiscalizar a realização do ato, inclusive para garantir a incomunicabilidade entre as testemunhas;

3ª) essas salas de coleta da prova oral precisam estar localizadas **nos andares térreos** do prédio para favorecer o amplo acesso (acessibilidade), a menos que isso seja absolutamente impossível;

4ª) as notificações enviadas às partes e testemunhas deverão conter, obrigatoriamente, o **endereço físico** do prédio e a **localização da sala** de depoimentos, evidenciando-se que a audiência por videoconferência não se faz de modo virtual e de qualquer lugar;

5ª) é facultada aos participantes da audiência que não forem prestar depoimento - bem como aos juízes e advogados - a participação por meio do *link* disponibilizado para o ato, numa clara diretriz no

sentido de que deve haver também uma **sala virtual** para a transmissão, em tempo real, de imagens e sons da sala física de depoimento (à distância) para a sala física onde se desenrola a audiência (principal).

Aliás, se os atores técnicos da audiência - magistrados, advogados, procuradores do trabalho - não comparecerem ao Fórum, o que teremos, em verdade, é uma **audiência semipresencial**, conjugada com a audiência por videoconferência. Isso porque, nesse caso, (i) partes e testemunhas que forem prestar depoimento na sede do Juízo terão de comparecer ao Fórum, acompanhadas por um servidor da Justiça, (ii) partes e/ou testemunhas que residem fora terão de comparecer ao Fórum de sua cidade, na companhia de um servidor - audiência por videoconferência -, e (iii) os demais atores ficarão à distância, de modo telepresencial, não estando presentes fisicamente em nenhum dos Fóruns.

3 AUDIÊNCIA TELEPRESENCIAL, EM REGIME EXTRAORDINÁRIO

Como já afirmado, a **audiência telepresencial** não se trata da simples audiência por videoconferência preconizada no sistema processual para a oitiva de partes, testemunhas e até acareação de testemunhas, **em situações especiais**, quando o ator processual específico reside (ou se encontra) em outra comarca ou subseção judiciária, em regra.

A audiência telepresencial, **por inteiro**, nesta triste época de **pandemia de Covid-19**, está sendo realizada por esse meio (virtual) diante da **impossibilidade** de comparecimento de todos os atores processuais ao Fórum, por conta do necessário distanciamento - ou até isolamento, na situação de *lockdown* - social. Para a realização da **teleaudiência** ninguém tem comparecido ao Fórum, pois todos os participantes da audiência, em quaisquer das modalidades desta - inicial, de tentativa conciliatória ou de instrução -, permanecem em suas casas e/ou escritórios, local de onde **acessam a plataforma** utilizada pelo tribunal e, conectados, habilitam-se a participar da audiência.

Daí que, conquanto a audiência por videoconferência seja também uma audiência telepresencial (virtual), **em certa medida**, preferimos aqui utilizar a segunda expressão - ou teleaudiência - para designar essa audiência “nova” que todos estamos aprendendo a fazer. Eu, que já realizei mais de 50.000 audiências presenciais, estou navegando em novos mares a partir de maio de 2020, na realização das audiências telepresenciais.

Como é sabido, a partir de 19.3.2020 foi instalado no Judiciário um **regime extraordinário** de trabalho, com a suspensão dos prazos e de todo atendimento presencial, possibilitando-se o atendimento remoto das

partes, advogados e interessados “pelos meios tecnológicos disponíveis” e a realização de **sessões virtuais**. Esse regime foi inaugurado com a edição da **Resolução n. 313/2020** pelo CNJ, normativa que visou a estabelecer, no âmbito do Judiciário brasileiro - com exceção do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Eleitoral -, um “regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo (novo) Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial” (BRASIL, 2020a). De se conferir:

Art. 2º O Plantão Extraordinário, que funcionará em idêntico horário ao do expediente forense regular, estabelecido pelo respectivo Tribunal, importa em suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurada a manutenção dos serviços essenciais em cada Tribunal.

[...]

Art. 3º Fica suspenso o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis.

[...]

Art. 6º Os tribunais poderão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores para realização de expedientes internos, como elaboração de decisões e sentenças, minutas, sessões virtuais e atividades administrativas. (BRASIL, 2020a).

Na sequência, o CNJ editou a **Resolução n. 314**, de 20.4.2020, para a retomada gradativa dos prazos processuais - a partir de 4 de maio - e incentivo às **audiências telepresenciais**. No art. 6º e §§ desta Resolução, disponibilizou a ferramenta “Cisco Webex” para a realização de atos virtuais por meio de videoconferência, mas determinando que, para a realização das audiências, deveriam ser consideradas “as dificuldades de intimação de partes e testemunhas”, a possibilidade de **efetiva participação** de todos, e vedando:

[...] a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário. (BRASIL, 2020b).

Vejam-se os §§ 2º e 3º:

Art. 6º [...]

[...]

§ 2º Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízos e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/), nos termos do Termo de Cooperação Técnica n. 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.

§ 3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais. (BRASIL, 2020b).

Nessa regra do § 3º nota-se que, àquela altura, até mesmo o CNJ fazia confusão entre os dois modelos de audiência. Contudo, por ocasião da Resolução n. 354, a distinção restou muito evidente, como já ressaltado. Insisto: de acordo com o art. 2º, inciso II, desta Resolução, as **audiências telepresenciais** são aquelas “audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo às unidades judiciárias” (BRASIL, 2020d). De modo que, nesse tipo de audiência, **ninguém** comparece a nenhum Fórum, a **nenhuma** unidade judiciária, como diz a norma.

Na **Justiça do Trabalho**, desde maio de 2020 os juízes têm realizado audiência telepresencial. Quanto à **plataforma ideal** para a realização dessa modalidade de audiência, para a tentativa conciliatória ou para a tomada de depoimento das partes e testemunhas, de se levar em conta essa breve experiência dos juízes do trabalho a partir do regime extraordinário referido, porque **em cada local** se tem adotado **uma prática** um tanto distinta.

Como visto, o CNJ tem recomendado a utilização da ferramenta **Cisco Webex Meeting**. Entretanto, a grande maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho tem utilizado a plataforma **Google Meet** - por exemplo, o TRT da 15ª Região (Campinas/SP). Ademais, poderá ser aprimorada, inclusive, a prática de alguns juízes precursores, que já vinham realizado a oitiva de partes e/ou testemunhas por **WhatsApp**, **Telegram**, *hangouts* e outros tantos recursos tecnológicos, antes mesmo desse regime extraordinário de trabalho.

Destarte, a **teleaudiência** será um instrumento da maior utilidade para que os processos trabalhistas, na medida do possível, não tenham o seu trâmite totalmente paralisado, inclusive por conta

da natureza alimentar do crédito dos trabalhadores. No entanto, posteriormente, quando da volta à normalidade, quando enfim vencermos a epidemia de Covid-19 e o necessário distanciamento social, a teleaudiência **tende** a se tornar uma **realidade** apenas para **determinados tipos de audiência**, dependendo da (menor) complexidade da causa.

Não custa lembrar, o processo do trabalho é um processo de audiência e, por conta disso, há de se aplicar o **novo instrumental**, o único que tem permitido a realização da audiência trabalhista neste tempo de pandemia. Contudo, **não se pode**, com isso, **olvidar-se** dos princípios tão caros à efetividade da Justiça do Trabalho¹.

4 OBRIGATORIEDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS PARTES E ADVOGADOS

Há inúmeras questões que precisam ser investigadas no que concerne à audiência telepresencial. Porém, sem dúvida, uma das mais problemáticas é a que se refere à **obrigatoriedade** de as partes e seus advogados participarem dessa audiência, principalmente quando se tratar de **audiência de instrução**.

Inúmeros são os problemas que os advogados e as partes poderão alegar, (i) **técnicos** ou (ii) de **ordem pessoal**, para não participarem da audiência trabalhista virtual. Quanto aos aspectos **técnicos**, dentre outros: (i) dificuldade de acesso digital - por falta de equipamento ou aparelho adequado, ou por não dispor de um plano de internet ideal; (ii) falta de local apropriado; (iii) necessidade de isolamento social; (iv) dificuldade de acesso à documentação, sobretudo para a elaboração da defesa, e tantas outras situações. No que diz respeito aos aspectos de **ordem pessoal**, (i) o temor ao juiz por falta e/ou queda de conexão ou outros problemas técnicos; (ii) a privacidade do lar; (iii) a intimidade de pessoas que residem na casa etc.

4.1 Problemas técnicos para a participação

a) Dificuldade de acesso digital

Nessa quadra da história, se de um lado a audiência telepresencial facilita o acesso à justiça porque a parte que precisa de uma

¹Sobre esse difícil equacionamento, ainda objeto de intenso debate na doutrina, com repercussões na prática trabalhista e ainda sem respaldo jurisprudencial, de se consultar as 80 páginas do **Manual das audiências trabalhistas**: presencial, por videoconferência e telepresencial, deste autor, referido no início deste artigo.

rápida prestação jurisdicional não pode esperar que as atividades presenciais retornem à normalidade, de outro lado, qualquer das partes pode ter comprometido o seu acesso à justiça por **não dispor de recursos tecnológicos** que lhe permitam participar (bem) da audiência trabalhista. Por isso, Danilo Gaspar, estudando os princípios dos processos virtuais, elencou, como um destes, o **da aptidão digital**, decorrente do amplo acesso à justiça (GASPAR, 2020).

Ora, o juiz do trabalho não pode ignorar que a grande maioria dos trabalhadores é ainda formada por pessoas simples, semianalfabetas e que, embora disponham de aparelho de telefonia celular e acesso ao WhatsApp, em regra não dispõem de internet de banda larga - mas apenas de planos pré-pagos, que não suportam acesso a plataformas como a do Google Meet por muito tempo - e, portanto, terão muita dificuldade em participar de uma audiência trabalhista, com a solenidade que esta (ainda) exige.

Problemas vários de conexão, queda de conexão, dificuldade de ingresso na sala de audiência virtual, melhor posicionamento da câmera, falta de familiaridade com os aplicativos, inclusive no que toca à necessária habilitação de áudio e vídeo, dentre tantos outros, poderiam ser lembrados neste momento.

b) Falta de local apropriado

Como se não bastasse, é muito cômodo ao juiz e aos servidores da Justiça do Trabalho, que normalmente recebem um subsídio muito acima do padrão salarial médio dos brasileiros e, portanto, vivem em residências confortáveis, realizar audiências virtuais a partir de suas casas e apartamentos. Aos grandes escritórios de advocacia também não faltam condições materiais adequadas, no que diz respeito ao local onde o advogado e as partes (e testemunhas) possam permanecer para a realização da audiência telepresencial.

Contudo, boa parte dos advogados, principalmente em início de carreira, não dispõe de escritórios amplos e, por vezes, sequer tem mais de uma sala para permitir o isolamento de partes e testemunhas durante os depoimentos. Isso sem falar dos locais em que há séria necessidade de se manter o isolamento ou o distanciamento social.

c) Necessidade de isolamento social

Ainda temos necessidade de isolamento social severo, pelo menos nas cidades que ainda apresentam altíssimo índice de contágio e até de mortes por Covid-19. Se o juiz, o secretário de audiência e demais

servidores ficam (cada um) em suas residências, totalmente isolados, seria justo impor ao advogado o dever de conduzir ao seu escritório as partes (e as testemunhas) para a realização da audiência trabalhista? Seria adequado **responsabilizar o advogado** por oferecer a estrutura e a tecnologia necessárias à participação da parte (e das testemunhas) na audiência?

O art. 6º, § 2º, da Resolução n. 314 do CNJ veda expressamente “a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores” no sentido de “providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais” (BRASIL, 2020b). Assim, o advogado não teria dever algum de permitir que a parte (e as testemunhas) se dirijam ao seu escritório para possibilitar a audiência telepresencial. Por analogia, ele jamais poderia ser responsabilizado por oferecer ao seu cliente a estrutura e a tecnologia necessárias à participação na audiência. Tampouco às testemunhas.

Contudo, como a pandemia de Covid-19 persiste e o Judiciário necessita encontrar caminhos para a retomada das audiências de instrução, na Resolução n. 354 o CNJ adotou postura distinta, exigindo das partes e advogados uma boa **justificativa para a não realização** da audiência telepresencial, como veremos mais adiante.

d) Dificuldade de acesso à documentação

Há, ainda, um problema seríssimo para a realização da audiência telepresencial, que diz respeito à **dificuldade de acesso** do advogado e/ou da parte à **documentação** necessária, principalmente para a elaboração da defesa, mas também para a contraprova por parte do reclamante, se for o caso.

Aqui está em jogo outra garantia fundamental cuja inobservância normalmente conduz à nulidade do processo. A todos os litigantes deve ser assegurada a **ampla defesa** de seus interesses em Juízo. Ora, não se pode olvidar de que muitas pequenas e médias empresas (ainda) se encontram fechadas. Não somente porque não exercem atividades essenciais, mas também e principalmente porque o caos econômico que está apenas dando os seus primeiros sinais de vida implicou na **derrocada** de boa parte da atividade empresarial.

Em todas essas situações e outras que poderiam ser lembradas, se o juiz ignorar a dificuldade de defesa da parte, sobretudo do reclamado, poderá ferir de morte o **ideal da justiça**, que não se compraz com acelerações do procedimento que inviabilizem a legítima e sagrada defesa.

4.2 Problemas pessoais para a participação

a) Temor ao juiz, principalmente se houver problemas técnicos

Os advogados bem sabem que as partes e testemunhas normalmente sentem um certo receio de se encontrarem diante do juiz, numa sala de audiências, por não estarem afeitas à solenidade do ato, principalmente por causa de um ritual que elas desconhecem. A maioria dos trabalhadores, prepostos e testemunhas que comparece à Justiça pela primeira vez apresenta um certo **temor** em relação ao juiz, principalmente se tiverem de **prestar depoimento** pessoal ou testemunhal.

Com a teleaudiência, teremos:

[...] a vantagem de eliminar em alguma medida o temor reverencial que costuma tomar algumas pessoas nessas oportunidades, o que pode fazer com que falem com mais desenvoltura. (ADAMOVICH, 2020).

De outra mirada, sabendo as partes e testemunhas que haverá o registro do áudio e das imagens dos atos praticados na audiência, isso poderá “funcionar como um novo elemento inibitório, já que todos saberão que o que ficar dito será registrado em sua inteireza” (ADAMOVICH, 2020).

Além disso, pessoas muito simples sentirão certo pavor por **não dominarem** o uso das tecnologias e sentirão medo de o juiz **as repreender** caso ocorram problemas técnicos de conexão/desconexão, falhas de áudio etc.

b) Privacidade do lar

De certa forma correlacionado ao problema do local para a realização da audiência telepresencial é o problema pertinente à **privacidade do lar**, se a parte e as testemunhas forem obrigadas a realizar a audiência e o advogado não tiver condições de acolher essas pessoas em seu escritório. Além disso, se decretado o *lockdown* em alguma cidade, ainda que o advogado disponha de local apropriado, a parte e as testemunhas não poderão se deslocar até lá.

O problema da “invasão” do domicílio é muito sério. Se há residências nas quais se pode destacar um cômodo da casa para a realização da audiência, com amplo acesso à internet, neste caso não haverá maiores problemas. Mas se a pessoa reside em uma casa pequena, desconfortável, por vezes convivendo com várias pessoas, **não haverá um**

espaço próprio, com isolamento acústico para que não haja interferências externas - há casas em que a sala fica bem ao lado do único banheiro da residência -, e isso pode ser muito **intimidador**.

Tudo isso se agrava se houver **crianças e/ou idosos** na residência, que não podem ou não sabem esperar o momento de necessitar da ajuda de quem está prestando depoimento. Por óbvio que juiz, advogados e partes têm de relevar se alguma interferência externa, que não comprometa o depoimento, eventualmente ocorrer. Será necessário ter **muita empatia**.

De qualquer maneira, todas as pessoas têm o **direito fundamental à privacidade**, pois a vida privada que “acontece” no lar de cada uma das famílias brasileiras é algo que deve ser visto com certa sacralidade. Destarte, se a parte e a testemunha abrem o seu lar para colaborar com o Poder Judiciário, elas merecem o maior respeito do mundo. Mas elas **não podem ser obrigadas** a ceder um espaço de seu lar para propiciar a realização da justiça.

Ademais, a casa é um **asilo inviolável** de todas as pessoas e nela somente se pode penetrar munido de mandado judicial e para perseguições de natureza penal. Não havendo suspeita alguma de prática criminosa pela pessoa que é parte ou testemunha, **nenhum juiz estará autorizado** a determinar que ela abra o seu asilo inviolável para atender o comando de participação numa audiência virtual. De modo que a participação nessa audiência, a partir de sua residência, pela parte e/ou testemunha, deveria ser **voluntária**.

c) Intimidade de pessoas que residem na casa

Intrinsicamente conectado ao problema do item anterior é o problema de a audiência telepresencial **ferir a intimidade** não só da parte e testemunha que participam da audiência trabalhista, mas também de **outras pessoas** que vivem na mesma casa e não têm absolutamente nada a ver com o processo.

Seria justo privar as demais pessoas que ali residem do seu sagrado direito de ir e vir por toda a casa? E de fazê-lo com a roupa que considerarem adequada ou até sem roupa? Essa situação se agrava nas **audiências de instrução** porque, quanto a estas, deverá haver **gravação de áudio e da imagem** em todos os passos da audiência para a conservação da higidez do grande ato. Imagine-se a gravação de áudios ou de imagens comprometedoras da parte ou da testemunha, principalmente quando relacionados a pessoas da família que **não têm nada a ver com o processo**.

Esses são apenas alguns dos tantos problemas que envolvem a audiência telepresencial. Assim, se a referida audiência atende, em boa

medida, aos princípios da celeridade, efetividade, economia processual e até do acesso à justiça - dependendo da ótica de análise deste princípio -, de outro lado **pode comprometer seriamente** as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de propiciar a violação de direitos de personalidade.

A equalização desses **prós** e **contras** é tarefa hercúlea, ainda na espera de uma melhor compreensão dos juristas e magistrados, na formação de uma nova jurisprudência que leve em conta as especificidades desse (novo) tempo.

5 A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA, A PARTIR DA RES. N. 354

O CNJ tinha firme posicionamento no sentido de que a parte e/ou seu advogado têm direito à não realização da audiência telepresencial, dispensando até mesmo a justificativa em algumas situações.

Com efeito, o CNJ, no art. 3º e §§ da **Resolução n. 314/2020**, havia disciplinado sobre a necessidade de **adiamento** de todos os atos processuais, quando se constatasse a “absoluta impossibilidade técnica ou prática” para sua realização.

Quanto à **impossibilidade técnica**, penso que diz mais respeito às condições materiais de acesso tecnológico, e se algum dos advogados, a própria parte ou alguma testemunha não dispõem do **aparato tecnológico mínimo** para sua efetiva participação na audiência, de se constatar que se encontra, aí, uma impossibilidade técnica para a realização do grande ato.

Em relação à **impossibilidade prática**, de se ponderar que a audiência trabalhista envolve **diversos atos** processuais e inclusive **incidentes vários** que podem surgir no curso da audiência. Basta recordar que o reclamado, citado para uma audiência trabalhista, tem direito a contratar advogado para elaborar sua defesa técnica, o advogado necessitará manter conversas com seu cliente e até com pessoas que trabalham na empresa, além de necessariamente ter acesso à documentação de todo o contrato de trabalho mantido com o reclamante. Ademais disso, **ambas as partes** terão o direito de ouvir a outra em depoimento pessoal e, muito provavelmente, **necessitarão** ouvir suas testemunhas para a comprovação dos fatos alegados, em conformidade com o ônus da prova subjetivo que lhes compete. Destarte, havendo decretação de *lockdown* ou mesmo de distanciamento social, poderá haver uma **impossibilidade prática** para a realização plena de todos os atos da audiência trabalhista.

A questão é: as partes e/ou seus advogados **precisam justificar** a impossibilidade para a realização da audiência trabalhista? Há uma certa ambiguidade na redação do art. 3º e §§ da Resolução n. 314/2020.

Pois bem, o § 2º do art. 3º dessa Resolução faz menção expressa a que essa impossibilidade seja “devidamente justificada nos autos”. Contudo, na sequência, o § 3º deste mesmo dispositivo dá a entender que **basta a petição do advogado** com a alegação de impossibilidade da prática dos atos ali descritos: (i) contestação, (ii) impugnação ao cumprimento de sentença, (iii) embargos à execução, (iv) defesas preliminares de natureza civil, trabalhista e criminal, e (v) outros que exijam a “coleta prévia de elementos de prova”. Até porque “o prazo será considerado suspenso na data do protocolo da petição com essa informação” e, além disso, este § 3º não faz referência à “decisão fundamentada do magistrado”, locução utilizada no § 2º (BRASIL, 2020b).

Daí porque a realização da audiência trabalhista que envolva qualquer um dos atos processuais descritos nesse § 3º - inclusive coleta de “elementos de prova” - dependeria, na visão do CNJ - anteriormente à Resolução n. 354 -, da **anuência de ambas** as partes e/ou seus advogados. Se qualquer das partes alegasse **impossibilidade prática**, a audiência **teria de ser adiada**.

É dizer, se o reclamado e/ou seu advogado peticionassem, **antes da audiência**, alegando impossibilidade de praticar o ato da contestação, principalmente por dificuldade de acesso à prova documental, a **simples petição** do advogado **seria suficiente** para a suspensão do prazo mínimo de elaboração da defesa - 5 dias úteis - e, por via de consequência, isso implicaria na necessidade de **adiamento da audiência**, independentemente de decisão do magistrado.

Em relação à **impossibilidade técnica**, que diz respeito propriamente ao acesso digital, caberia ao advogado **justificar o requerimento** para que o juiz deferisse o adiamento da audiência. Quanto a isso, nada mudou, portanto, com a Resolução n. 354.

Nesse caso, no entanto, mesmo agora, depois da Resolução n. 354, é pertinente que o juiz observe o contraditório antes do despacho. Assim, se a outra parte demonstrar, **de modo inequívoco**, que o requerente tem pleno acesso e aptidão digital, o juiz poderá indeferir o requerimento. Em alguns casos o juiz até poderá **presumir** essa circunstância, por exemplo, quando se trata de grande empresa, patrocinada por grande escritório de advocacia, pois a **presunção** de que estes têm plenas condições tecnológicas e preparo adequado para participar de uma audiência virtual é **praticamente absoluta**.

Ademais, como já observado, a pandemia de Covid-19 persiste e o Judiciário precisa continuar prestando a sagrada jurisdição. Há

de se buscar, portanto, **novos caminhos** para a retomada das audiências, inclusive as de instrução. Por essa razão, o CNJ adotou postura bem distinta quando da edição da **Resolução n. 354**, em 19.11.2020, para exigir das partes e advogados uma **justificativa plausível** com vistas à não realização da audiência telepresencial.

Tanto é assim que o art. 3º dessa Resolução permite ao juiz determinar a realização de audiência telepresencial, **de ofício**, nos **seguintes casos**: 1º) de urgência; 2º) de substituição ou designação de magistrado com sede funcional diversa; 3º) de realização de mutirão ou projeto específico; 4º) de designação de audiência de conciliação ou mediação, e 5º) de indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior.

Destarte, nos casos em que houver **urgência** na prestação jurisdicional - não apenas nos processos nos quais haja pedido de tutela antecipada de urgência -, por exemplo, nos casos em que o trabalhador sequer recebeu as sagradas verbas rescisórias, independentemente da concordância das - ou de uma - partes, o juiz poderá determinar a realização da audiência telepresencial, **inclusive de instrução**, que somente será adiada se houver um motivo ponderoso para tanto.

Igualmente, para a realização de **audiência de conciliação** (ou mediação), principalmente no processo do trabalho, por força do art. 764 e §§ da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não há que se esperar consentimento algum de qualquer das partes, ainda que uma delas não esteja disposta à tentativa conciliatória. Afinal, a busca da conciliação sempre foi a **finalidade precípua** da Justiça do Trabalho.

Mais que isso, na dicção do parágrafo único do art. 3º da Resolução n. 354, não parece haver outra interpretação possível que não seja a de **se exigir**, em qualquer situação, **a justificativa** da parte e/ou seu advogado para a não realização da audiência telepresencial. A conferir: “A oposição à realização de audiência telepresencial deve ser fundamentada, submetendo-se ao controle judicial” (BRASIL, 2020d).

De modo que, doravante, não deve mais prevalecer o posicionamento do CNJ no sentido de dispensar qualquer justificativa nos casos de impossibilidade prática para o grande ato. Enfim, **tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica**, não havendo um motivo bem forte, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência telepresencial, insistindo em sua realização, sendo audiência inicial, una ou de instrução, no processo do trabalho.

6 CONCLUSÃO

Em síntese, pode-se apontar que, nesse período caótico pelo qual está passando a humanidade em razão da **pandemia de Covid-19**,

as audiências por videoconferência e telepresenciais são boas práticas que permitem a realização dos direitos materiais trabalhistas, quando violados, ou a mais pronta absolvição das empresas, quando demandadas indevidamente.

Contudo, trata-se de modelos distintos de audiência. A **audiência por videoconferência** - para a tomada de depoimento da parte e/ou da testemunha que reside fora da jurisdição por onde tramita o processo - é aquela que somente pode ser realizada em uma **unidade judiciária, em salas específicas** para esse depoimento, no **andar térreo** do prédio, tendo de haver a designação de **um servidor para acompanhar** e fiscalizar a realização do ato, desse modo assegurando-se a incomunicabilidade entre parte e/ou testemunhas (Resolução n. 341 do CNJ).

De outra mirada, a audiência telepresencial é a realizada, **por inteiro**, por esse meio (virtual), diante da **impossibilidade** de comparecimento de todos os atores processuais ao Fórum por conta do necessário distanciamento social, nesta triste época de **pandemia de Covid-19**. Nesse tipo de audiência, **ninguém** comparece a nenhum Fórum, a **nenhuma** unidade judiciária, como disciplina o art. 2º, inciso II, da Resolução n. 354.

Quanto à obrigatoriedade de participação na audiência telepresencial, a despeito das reiteradas decisões do CNJ, com base na Resolução n. 314, penso que, na dicção da normativa da Resolução n. 354, partes e advogados têm o **dever processual** de envidar todos os esforços para sua realização, ainda que se trate de **audiência de instrução**.

Doravante, não deve mais prevalecer o posicionamento do CNJ quanto à diferenciação entre impossibilidade prática e impossibilidade técnica para comparecimento e participação na audiência telepresencial. É dizer, tanto nos casos de impossibilidade prática quanto nos de impossibilidade técnica, o juiz poderá indeferir o requerimento de adiamento da audiência telepresencial ou de sua não realização, **se não houver uma prova convincente que demonstre quaisquer dessas impossibilidades**. Sem a realização de audiências de instrução (ou una) por esse meio, os trabalhadores ficarão tempo demasiado à espera da solução de sua demanda.

Pode não ser a melhor solução para o problema, mas a mudança de diretriz do CNJ bem demonstra o **quão difícil é a equalização** dos princípios e garantias fundamentais de ordem processual. Assegurar celeridade e efetividade sem comprometer o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, não é mesmo tarefa fácil. Contudo, a omissão dos atores jurídicos em razão dessa dificuldade não se justifica. A **busca de um caminho comprometido com a justiça** é sempre medida que se impõe, a todos e todas. Esse ideário deve nos iluminar como um **farol**, neste tempo de tanta escuridão.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Reflexões sobre a produção da prova oral em meio telemático no processo do trabalho. *In*: MOLINA, André A.; COLNAGO, Lorena de M. R.; MARANHÃO, Ney (Coord.). **Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico “Ágora Trabalhista”**: direito e processo do trabalho no ano de 2020. São Paulo: ESA da OAB-SP, 2020. Kindle *e-book*.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 313 de 19.3.2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. **DJe/CNJ**, Brasília, n. 71, 19 mar. 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 314 de 20.4.2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução n. 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. **DJe/CNJ**, Brasília, n. 106, 20 abr. 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 341 de 7.10.2020. Determina aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19. **DJe/CNJ**, Brasília, n. 328, 8 out. 2020c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3508>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 354 de 19.11.2020. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. **DJe/CNJ**, Brasília, n. 366, 19 nov. 2020d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

GASPAR, Danilo Gonçalves. O princípio da igualdade digital e a realização de audiências telepresenciais. **Instituto Trabalho em Debate**, Salvador, 8 jun. 2020. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/o-principio-da-igualdade-digital-e-a-realizacao-de-audiencias-telepresenciais>. Acesso em: 4 ago. 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Manual das audiências trabalhistas**: presencial, por videoconferência e telepresencial. Salvador: JusPodivm, 2021.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. O *Big Brother* chegou ao Judiciário? Audiências telepresenciais em tempos de pandemia. *In*: MOLINA, André A.; COLNAGO, Lorena de M. R.; MARANHÃO, Ney (Coord.). **Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico “Ágora Trabalhista”**: direito e processo do trabalho no ano de 2020. São Paulo: ESA da OAB-SP, 2020. Kindle *e-book*.

WAKI, Kleber de Souza. A teleaudiência no processo trabalhista: acesso à justiça (texto originalmente publicado em janeiro/2005. Revisado). **Direito e outros temas**, [S. l.], 29 dez. 2014. Disponível em: <https://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2014/12/29/a-teleaudiencia-no-processo-trabalhista-acesso-justia-texto-originalmente-publicado-em-janeiro2005-revisado/>. Acesso em: 4 ago. 2020.

WAKI, Kleber de Souza; BALSANELLI, João Marcelo. O regime extraordinário do Poder Judiciário, a retomada gradual de suas atividades e as teleaudiências. **Direito e outros temas**, [S. l.], 8 jun. 2020. Disponível em: <https://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2020/06/08/o-regime-extraordinario-do-poder-judiciario-a-retomada-gradual-de-suas-atividades-e-as-teleaudiencias/#more-291>. Acesso em: 4 ago. 2020.

PODE O EMPREGADOR EXIGIR A VACINAÇÃO CONTRA O COVID-19 DOS SEUS EMPREGADOS?*

CAN THE EMPLOYER REQUIRE VACCINATION AGAINST COVID-19 FROM ITS EMPLOYEES?

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso**

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, pela qual se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato traçar os contornos e repercussões jurídicas, no âmbito trabalhista, em um contexto de vacinação contra o Covid-19. A questão problema versa sobre a dimensão do poder diretivo do empregador: seria possível o empregador condicionar vagas de trabalho ou exigir de seus empregados a apresentação de comprovação de vacinação contra o Covid-19?

Palavras-chave: Covid-19. Vacinação. Direito do trabalho.

Abstract: The research on screen, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research

*Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN, Brasil.

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Especialista em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Ex-professor do curso de Direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado à linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN, *campus* Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN, *campus* Natal-Central. Articulista e poeta. Autor do livro: **Curso de Direito Penal. Teoria Geral do Crime. V. I. Curitiba: Juruá, 2016; **Curso de Direito Penal. Teoria Geral da Pena**. V. II. Curitiba: Juruá, 2017. Contato: rocconelson@hotmail.com.

technique, by which we visit legislation, doctrine and jurisprudence, aims to trace the contours and legal repercussions, in the labor sphere, in a context of vaccination against Covid-19. The problem question is about the dimension of the employer's directive power: would it be possible for the employer to condition job vacancies or require from its employees to present proof of vaccination against Covid-19?

Keywords: Covid-19. Vaccination. Labor law.

1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Organização Mundial de Saúde (OMS) decretou *status* de pandemia mundial no dia 11 de março de 2020, em face da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (SARS-CoV-2), nova espécie de coronavírus, o qual teve o seu primeiro diagnóstico na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em dezembro de 2019.

Em questão de pouco mais de dois meses, um ser vivo microscópico conseguiu um fato único: parou o globo. O impensado, o surreal tornou-se factível. Tem-se a impressão de que se está em um mundo bizarro.

O sistema de saúde é tomado de assalto pela incapacidade de receber uma massa de doentes que necessitavam de tratamento e, em especial, das Unidades de Terapia Intensiva (UTIs), acarretando o colapso do mesmo. Esbarra-se em dilemas morais sob os quais o profissional de saúde tem que escolher quem vive e quem morre, como sucedeu-se na Itália e na Espanha.

Tem-se milhões de infectados e, infelizmente, alcança-se também a casa de milhão de mortos:

Tabela 1 - Dados do coronavírus, pela OMS, em 17 de dezembro de 2020¹

Casos confirmados	Mortes confirmadas	Países, áreas e território com casos
72.851.747 pessoas	1.643.339 pessoas	222

Fonte: tabela elaborada pelo autor.

No intuito de tentar preservar o sistema de saúde para que ele continue funcionando de forma adequada, adota-se, de forma geral,

¹WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic**. Geneva, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 17 dez. 2020.

a medida forte, mas necessária, do isolamento social² e da quarentena³. O sistema econômico, muito dele desenhado em face de um perfil neoliberal, é solavancado abruptamente pela necessidade da letargia.

Os Estados nacionais, alguns pertencentes a blocos comunitários, tiveram que fechar suas fronteiras; no início da pandemia, 90% das operações da aviação de alguns países ficaram suspensas; os estabelecimentos comerciais foram fechados, salvos os tidos essenciais, como farmácias e supermercados; as aulas foram canceladas, com sério risco de comprometimento do ano letivo; ocorreu a suspensão dos campeonatos e copas de futebol, dos jogos da NBA (National Basketball Association), o adiamento de uma Olimpíada.

A economia desacelerou brutalmente (pior crise pós-1929)⁴, e com ela vieram as consequências nefastas do desemprego. Queda vertiginosa das operações das bolsas de valores, bem como dos valores das ações transacionadas, além do câmbio disparando, vindo, assim, a necessidade de intervenção dos bancos centrais. Empresas e, principalmente, microempresas e pequenas empresas liquidando suas operações, entrando em recuperação judicial ou mesmo com pedido de falência.

Em meio a todo um cenário caótico apresentado, ainda se tem que lidar com a teoria da conspiração com “roteiro de péssima qualidade” (o vírus foi criado em um laboratório na China e ...) ⁵, vertentes negacionistas de que é apenas uma “gripezinha” e “histeria”⁶, ou que saunas e vodca seriam instrumentos hábeis a combater o Covid-19⁷, bem como todo tipo de *fake news* nas redes sociais.

²Lei n. 13.979/2020, art. 2º “[...] I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; [...]”. (BRASIL, 2020a).

³Lei n. 13.979/2020, art. 2º “[...] II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus [...]”. (BRASIL, 2020a).

⁴FMI prevê a “pior queda econômica” desde a Grande Depressão por covid-19. **Uol Notícias**, São Paulo, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/04/09/fmi-preve-a-pior-queda-economica-desde-a-grande-depressao-por-covid-19.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁵LABORATÓRIO chinês nega ter ligação com covid-19: “teoria da conspiração”. **Uol Notícias**, São Paulo, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/04/19/laboratorio-wuhan-coronavirus-china.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁶“GRIPEZINHA” e “histeria”: cinco vezes em que Bolsonaro minimizou o coronavírus. **Congresso em Foco**, Brasília, 1º abr. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/gripezinha-e-histeria-cinco-vezes-em-que-bolsonaro-minimizou-o-coronavirus/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

⁷BROWN, Lee. Belarus president believes vodka and saunas will cure coronavirus. **New York Post**, New York, NY, 30 Mar. 2020. Disponível em: <https://nypost.com/2020/03/30/belarus-president-believes-vodka-and-saunas-will-cure-coronavirus/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Retornando à questão da saúde, no que tange ao Brasil desenha-se o seguinte cenário, conforme dados do Ministério da Saúde, em 17 de dezembro de 2020:

Tabela 2 - Dados do coronavírus, no Brasil, em 17 de dezembro de 2020⁸

Unidade da Federação	Confirmados	Óbitos	%
São Paulo	1341428	44282	3,301108967
Rio de Janeiro	395386	24109	6,09758565
Minas Gerais	477697	10855	2,272360932
Ceará	320385	9857	3,076610952
Pernambuco	201851	9339	4,626680076
Bahia	456106	8691	1,905478113
Rio Grande do Sul	388704	7862	2,022618754
Paraná	359892	7117	1,977537706
Pará	282719	7018	2,482323438
Goiás	296836	6586	2,218733577
Amazonas	188918	5036	2,665706815
Espírito Santo	220540	4661	2,113448807
Santa Catarina	442624	4517	1,020504988
Maranhão	198147	4401	2,22107829
Mato Grosso	168826	4234	2,50790755
Distrito Federal	241400	4107	1,701325601
Paraíba	156122	3487	2,233509691
Rio Grande do Norte	106095	2828	2,665535605
Piauí	135769	2743	2,020343377
Alagoas	100011	2389	2,388737239
Sergipe	101148	2381	2,353976351
Mato Grosso do Sul	116612	1978	1,696223373
Rondônia	87397	1668	1,908532329
Tocantins	86180	1208	1,401717336
Amapá	64303	861	1,338973298
Roraima	66574	764	1,147595157
Acre	38938	756	1,941548102
BRASIL	7040608	183735	2,609646781

Fonte: tabela elaborada pelo autor.

Apesar do referido quadro apresentar-se preocupante, o mesmo não retrata a real dimensão da problemática, posta a incapacidade, ainda, da realização dos testes, o que acarreta a subnotificação, de sorte que o quantitativo de pessoas infectadas, reinfectadas e mortas provavelmente deve ser muito maior.

⁸BRASIL. Ministério da Saúde. Covid19: Painel Coronavírus. **Coronavírus Brasil**, Brasília, 17 dez. 2020b. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 dez. 2020.

Nesse contexto de crise sanitária que tanta dor infligiu à população, tem-se que lidar com a clara falta de planejamento do governo no que tange a um processo de vacinação (há riscos de falta de insumos por falta de realização de licitação)⁹, bem como campanhas antivacinas e declarações do chefe do Executivo federal que informa que não tomará a vacina, vindo a defender que a mesma tenha caráter facultativo¹⁰.

Em suma, apesar dos milhões de infectados e do fato de termos já alcançado a marca de mais de 1,5 milhão de mortos no mundo, vivencia-se no Brasil uma espécie de segunda revolta da vacina¹¹. A diferença, neste caso, em relação à revolta de 1904, é que o estopim provém do próprio governo e não da população.

A questão tomou uma dimensão tal que foram protocoladas no Supremo Tribunal Federal (STF) duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), de n. 6586 e 6587, referentes à compulsoriedade da vacina do Covid-19 (ainda não havia nenhuma aprovada no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa).

Em uma das ADIs demanda-se o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3º, III, “d”, da Lei n. 13.979/2020 (“Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”), que prescreve a possibilidade de determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas. Na outra ADI solicita-se uma interpretação conforme à Constituição com o fito de ser reconhecida a competência dos Estados e Municípios em determinar a realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas no combate à pandemia do Covid-19.

Em face de todo esse contexto caótico, imaginemos um cenário no qual a vacina contra o Covid-19 não venha a ter caráter obrigatório, então surge a questão problema: poderia o empregador exigir de seus empregados a comprovação da vacinação contra o Covid-19 para que eles

⁹FERREIRA, Paula. Ministério da Saúde ainda não definiu compra de seringas e agulhas para vacinação contra Covid-19. **O Globo**, Rio de Janeiro, 8 dez. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/ministerio-da-saude-ainda-nao-definiu-compra-de-seringas-agulhas-para-vacinacao-contracovid-19-24786418>; BIERNATH, André. Seringa, freezer, algodão: Brasil pode sofrer falta de insumos para vacina contra a covid-19 se não agir rápido. **BBC News Brasil**, São Paulo, 7 dez. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55222195>.

¹⁰BOLSONARO afirma que não tomará vacina contra a covid-19. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-nao-vai-tomar-vacina-contracovid,70003552928>; PRESIDENTE Jair Bolsonaro volta a dizer que vacina contra Covid não será obrigatória. **Jornal Nacional**, Rio de Janeiro, 19 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/10/19/presidente-jair-bolsonaro-volta-a-dizer-que-vacina-contracovid-nao-sera-obrigatoria.ghtml>.

¹¹Em referência à revolta da vacina que ocorreu em 1904, no Rio de Janeiro, no Governo de Rodrigues Alves, em decorrência de lei que obrigava a vacinação em relação à varíola.

tenham acesso ao ambiente de trabalho? Poderia o empregador exigir, no processo de seleção à vaga de emprego, como uma das condições para a contratação a confirmação de que o candidato tomou a vacina contra o Covid-19?

Afira-se como o problema da vacinação, aparentemente sem correlação com o direito do trabalho, pode repercutir nas tratativas laborais.

Vislumbra-se como hipótese de solução ao problema a validade do condicionamento à contratação ou ao acesso ao ambiente de trabalho, por parte do empregador, a exigibilidade da comprovação da vacinação contra o Covid-19 do candidato a emprego e do empregado.

A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, pela qual se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato traçar os contornos e repercussões jurídicas, no âmbito trabalhista, em um contexto de vacinação contra o Covid-19 não obrigatória.

2 DECISÃO DO STF SOBRE A POSSIBILIDADE DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA

Recentemente o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar quanto à compulsoriedade da vacina contra o Covid-19 em face da prescrição da Lei n. 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *In verbis*, o teor do dispositivo questionado:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

III - determinação de realização compulsória de:

[...]

d) vacinação e outras medidas profiláticas; [...] (BRASIL, 2020a).

A questão foi ventilada no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6586 e 6587, bem como no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1267879, tendo sido julgado conjuntamente no dia 17 de dezembro de 2020.

No seio das ADIs fixou-se a tese segundo a qual a vacinação compulsória não é a mesma coisa que vacinação forçada, podendo ser determinadas medidas indiretas para se compelir à vacinação, bem como que os entes da República Federativa do Brasil possuem competência para implementar as referidas medidas.

Transcreve-se, abaixo, o conjunto de teses determinadas:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, 'd', da Lei n. 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: '(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência'. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux.¹²

Já no Recurso Extraordinário com Agravo definiu-se a tese segundo a qual a vacina contra o Covid-19 pode ser obrigatória, caso seja inserida no Programa Nacional de Imunizações, ou determinada por lei, ou determinada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Segue a íntegra da decisão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.103 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: 'É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina

¹²Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>. Acesso em: 26 dez. 2020.

que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar¹³.

Essas decisões do STF são condizentes com os seus precedentes, que reconhecem a competência concorrente da República Federativa do Brasil em matéria de saúde¹⁴, bem como é legítima a determinação da

¹³Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870>. Acesso em: 26 dez. 2020.

¹⁴“REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a *expertise* necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I

obrigatoriedade da vacina, se prescrita em lei. Novamente, o fato de ser compulsória, como o é o voto obrigatório, não é sinônimo de ser forçada, de sorte que medidas restritivas, como a vedação de acesso a determinados locais, seriam uma consequência em relação àqueles que não se vacinarem.

3 DAS RAZÕES DE LEGITIMAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA O COVID-19 POR PARTE DO EMPREGADOR

3.1 Do poder diretivo do empregador

O poder de direção do empregador encontra-se prescrito no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Visto que ele assume o risco da atividade econômica, decorre o poder de organizar e dirigir a forma que a prestação de serviço será executada pelo empregado¹⁵:

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**. (BRASIL, 1943). (Grifos nossos).

A doutrina explicita que esse poder de direção se desdobra em: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar¹⁶.

No poder de organização o empregador determina as tarefas aos empregados, fixa a obrigatoriedade do uso de uniformes, determina o horário de trabalho, época de concessão das férias, plano de cargos e salários, expede normas gerais, que podem ser dadas através do regulamento da empresa ("lei" interna da empresa), dentre outros¹⁷.

do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais". (STF, Pleno, ADI 6341/DF, Ministro Relator do acórdão Edson Fachin, julgado em 15.4.2020, DJe 13.11.2020).

¹⁵"Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito a direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviço". (DELGADO, 2015, p. 710).

¹⁶Cf. CORREIA, Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 338-354. Maurício Godinho aponta 4 dimensões do poder do empregador: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar (DELGADO, 2015, p. 711).

¹⁷Cf. CORREIA, Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 338.

Exatamente em face desse poder de organização estaria o empregador legitimado a determinar que só seriam permitidas novas contratações de empregados ou entrada no local de trabalho pelo empregado que apresentasse a carteira de vacinação, demonstrando que tomou a vacina contra o Covid-19.

Lembremos que as tomadas de decisões, de forma geral, não estão sujeitas a fundamentação, de sorte que essa exigibilidade de que os funcionários se vacinem estaria dispensada de um plexo de fundamentação para tanto (apesar ser óbvia a razão em questão).

3.2 Da preservação do meio ambiente laboral sadio

No momento em que o empregador determina a exigibilidade de o empregado tomar a vacina contra o Covid-19 para poder adentrar no espaço laboral da empresa, ou condiciona, no processo seletivo para vagas de emprego, que o candidato a empregado tenha tomado a referida vacina, tem-se uma medida de preservação do meio ambiente laboral¹⁸, de sorte a garantir a segurança sanitária para o conjunto de empregados e demais trabalhadores, bem como de terceiros.

Lembremos que a proteção ao meio ambiente faz parte do plexo de direitos da terceira dimensão dos direitos fundamentais, sendo elencado como bem jurídico fundamental, tutelado no art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Chama-se a atenção, ainda, que se adota no Brasil o conceito amplo de meio ambiente, sendo este composto por elementos naturais e sociais, de sorte que o meio ambiente do trabalho fica albergado, também, nas prescrições constitucionais do art. 225 e, de forma mais específica, no art. 200, VIII:

¹⁸"No meio ambiente do trabalho, o bem jurídico tutelado é a saúde e a segurança do trabalhador, o qual deve ser salvaguardado das formas de poluição do meio ambiente laboral, a fim de que desfrute de qualidade de vida saudável, vida com dignidade. A poluição, por sua vez, é definida pela Lei de Política Nacional como a 'degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente'". (BARROS, 2017, p. 701).

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).¹⁹⁻²⁰

É importante explicitar que a proteção ao meio ambiente do trabalho ainda é regrada na Constituição Federal através do art. 7º, XXII, que garante direito aos trabalhadores urbanos e rurais quanto à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Por todas essas normativas constitucionais que direcionam as condutas das pessoas a atingir o desiderato de um meio ambiente equilibrado e sadio, na conduta do empregador ao exigir do seu empregado, o qual está sob sua direção e cuidados, a comprovação da vacinação contra o Covid-19, tem-se uma medida razoável e devidamente amparada nos ditames constitucionais, não podendo ser entendida como ato abusivo do poder de direção.

3.3 Da ausência de conduta discriminante

Sem dúvida que correntes contrárias tentaram ventilar que a conduta do empregador ao exigir a comprovação da vacinação contra o Covid-19 iria constituir em conduta de natureza discriminatória, pois estaria selecionando apenas trabalhadores saudáveis dos não saudáveis.

¹⁹“Com efeito, a nossa Lei Fundamental de 1988 adota de forma expressa um conceito amplo para o bem jurídico ambiental, contemplando a integração entre os elementos naturais e os elementos humanos (ou sociais). A título de exemplo, o dispositivo constitucional que trata do patrimônio cultural (art. 216, V) evidencia essa abordagem normativa, ao referir que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, incluindo ‘os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico’. Outra previsão constitucional que reflete a amplitude do conceito de ambiente é o art. 200, VIII, especificamente no sentido de incluir também o ambiente do trabalho no seu conteúdo, ao enunciar que compete ao Sistema Único de Saúde (SUS) ‘colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho’ [...]”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 312). “O estudo das normas e princípios sobre proteção da vida e da saúde do trabalhador, portanto, tem início com a estruturação do Direito do Trabalho como disciplina jurídica cientificamente autônoma. A migração desse estudo para o campo do Direito Ambiental só tem início na década de 1970, sobretudo a partir da doutrina italiana que desde o início conjugou os estudos sobre proteção da flora, da fauna, da paisagem e da qualidade do ambiente urbano (combate à poluição sonora, visual, atmosférica) àqueles sobre os espaços confinados nas indústrias ou, num sentido mais preciso, sobre o meio ambiente do trabalho”. (FIGUEIREDO, 2013, p. 257-258).

²⁰Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020a, p. 962.

Atente-se que a conduta de discriminar é exatamente o oposto do valor positivado na escrita normativa do princípio da isonomia, visto a constituir a desqualificação do trabalhador em face de gênero, raça, cor, opção religiosa, idade, constituição física, orientação sexual, padrão de beleza, dentre outros fatores.

O termo discriminação é definido no bojo da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto n. 62.150/1968, no Brasil:

Artigo 1º

1. Para os fins da presente convenção o termo 'discriminação' compreende:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. [...] (BRASIL, 1968).

Lembremos que constitui fundamento da República Federativa do Brasil²¹ "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988).

Nesse contexto de norma proibitiva no que tange à discriminação, indaga-se: estar-se-ia diante de conduta discriminatória a exigência do empregador de comprovação da vacinação contra o Covid-19 por parte do empregado?

Acredita-se que o melhor entendimento é pela ausência de conduta discriminatória.

O que é o Covid-19 senão uma Síndrome Respiratória Aguda Grave, de natureza infectocontagiosa (já detectadas novas variantes), cujos sinais, sintomas e evolução variam de acordo com o indivíduo e suas comorbidades? Há ausência de conhecimento pleno, pela ciência, da referida doença, que ocasionou a maior pandemia da história na contemporaneidade.

²¹Art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988.

O empregador que exigir a comprovação da vacinação contra o Covid-19 por parte do empregado não estará agindo com discriminação, mas sim em obediência ao princípio da prevenção que rege o meio ambiente do trabalho, com o fito de garantir a segurança sanitária, de forma a proteger o conjunto de empregados e terceiros²².

Perceba-se que seria uma situação totalmente diversa e com cunho discriminatório se o empregador solicitasse do empregado exames de HIV ou realizasse sua dispensa em face do acometimento de alguma doença grave, o que constituiria, de forma clara, abuso de direito.

3.4 Da responsabilidade do empregador pela doença de trabalho

3.4.1 Algumas definições e apresentação do cenário

No bojo da Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e tem-se a definição legal de acidente de trabalho,

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1991).

A presente definição legal do artigo retro seria o acidente de trabalho típico, no qual tem-se um fato repentino de rompante com resultado de morte ou situação incapacitante.

Além do acidente de trabalho típico acima retratado, a lei de benefícios previdenciários explicita, ainda, as hipóteses de acidentes de trabalho atípicos, que são as doenças ocupacionais (art. 20 da Lei n.

²²“Aplica-se esse princípio, como se disse, quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa. [...] Daí a assertiva, sempre repetida, de que os objetivos do Direito ambiental são fundamentalmente preventivos. Sua atenção está voltada para momento anterior à da consumação do dano - o do mero risco. Ou seja, diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única, solução. [...] Na prática, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através da imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras”. (MILARÉ, 2015, p. 263-264).

8.213/1991), e as hipóteses de acidente de trabalho equiparado (art. 21 da Lei n. 8.213/1991)²³.

Seguem as definições legais das doenças ocupacionais:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relaciona diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.
[...]

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho. (BRASIL, 1991).

De forma essencial, a doença profissional e do trabalho constituem-se em situações que, afetadas pelo passar do tempo, dão causa para a configuração de incapacidade para o labor. Basicamente, a doença profissional é fruto de situação específica da atividade ou profissão, enquanto a doença do trabalho tem por fato gerador determinadas condições de trabalho (não vinculadas à atividade ou profissão) ou do meio ambiente de trabalho.

²³Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior; III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado [...]. (BRASIL, 1991).

Não há dúvidas de que o Covid-19 constitui uma doença ocupacional, seja profissional (por ex.: profissionais da saúde que labutam em setores para tratamento de pessoas com o Covid-19) ou do trabalho (por ex.: empregados que se contaminaram no ambiente de trabalho, o qual não estava devidamente higienizado e nem seguia os padrões sanitários mínimos), apesar do governo federal ter tentado, via Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020, em seu art. 29, desnaturar os casos de contaminação pelo coronavírus como doença ocupacional, salvo se comprovado o nexo de causalidade.

É importante destacar que a constitucionalidade do dispositivo foi questionada junto ao STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6354, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), o qual determinou a suspensão dos seus efeitos, concedendo a medida cautelar pleiteada na exordial, em 29 de abril de 2020²⁴.

Além disso, a presente Medida Provisória não foi convertida em lei, tendo perdido sua eficácia no dia 19 de julho de 2020, o que acarretou a perda do objeto da ADI citada, de tal sorte que isso acarretou seu arquivamento, sem julgamento do mérito²⁵.

Aponta-se uma distonia no que tange aos atos do Poder Executivo federal, posto que o Ministério da Saúde, em 1º de setembro de 2020, baixou a Portaria n. 2.309 atualizando a lista das doenças relacionadas ao trabalho, na qual passou a constar o Covid-19 como doença ocupacional, mas a referida Portaria perdeu seu efeito imediatamente no dia 2 de setembro de 2020, por meio da Portaria n. 2.345/2020.

Em sede de direito do trabalho, a revogação da Portaria alhures não acarreta repercussão, pois o STF já tinha reconhecido em sede cautelar o Covid-19 como doença ocupacional. Entretanto, no aspecto previdenciário, a Portaria revogada dificulta a concessão do benefício acidentário (auxílio-doença acidentário) por parte do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)²⁶.

3.4.2 Da responsabilidade propriamente dita

Nos termos do art. 7º, XXVIII, da Constituição, prescreve-se que o empregador é responsável pelos danos acidentários em relação ao

²⁴Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882545>. Acesso em: 25 dez. 2020.

²⁵Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344117548&ext=.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2020.

²⁶Cf. CORREIA, Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1159-1160.

empregado. O detalhe é que a norma constitucional exige a demonstração do dolo ou da culpa (responsabilidade subjetiva)²⁷.

Todavia, a própria Constituição, no capítulo referente ao meio ambiente, prescreve a obrigação de reparação de danos independentemente de dolo e culpa²⁸. E como anteriormente foi explicitado, o meio ambiente do trabalho compõe espécie do conceito maior de meio ambiente.

Percebe-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) busca uma vertente mista quanto à responsabilidade. De forma geral, a responsabilidade pelo acidente de trabalho seria de natureza subjetiva, todavia, diante de atividade de risco acentuado (perigoso), socorrer-se-ia da responsabilidade objetiva.

In verbis, alguns precedentes do TST que corroboram a ilação acima:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Aplica-se, como regra geral, a responsabilidade subjetiva, a qual pressupõe a existência concomitante do dano, nexos causal e dolo ou culpa. Sendo assim, ausente um dos requisitos acima elencados, não há de se falar em responsabilidade do empregador. Incidência do disposto nos arts. 7º, XXVIII, da CF/88 e 186 do CC/02. A responsabilidade objetiva do empregador vem sendo adotada apenas para o caso específico em que a atividade exercida pelo empregado é de risco acentuado, com supedâneo no art. 927 do CC/02. *In casu*, verifica-se que a atividade desenvolvida pelo empregado não se enquadra dentre as consideradas de risco acentuado. Ademais, há expressa menção no acórdão regional acerca da ausência de atitude ilícita por parte do empregador. Nesses termos, não há de se falar em modificação da decisão regional, em razão da ausência de um dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade patronal. Agravo de instrumento não provido. (TST AIRR 95100-45.2007.5.15.0017, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 10.2.2012).

[...] II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. RECLAMANTE.

²⁷“Art. 7º [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; [...]”. (BRASIL, 1988).

²⁸“Art. 225 [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. (BRASIL, 1988).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MOTORISTA/ CARTEIRO. ASSALTOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO ACENTUADO NO CASO CONCRETO. 1 - O recurso de revista foi interposto na vigência da Lei n. 13.015/2014 e preencheu os pressupostos de admissibilidade do art. 896, § 1º-A, da CLT. 2 - A atividade de carteiro não pode ser considerada de risco acentuado como regra geral, levando-se em conta que há casos em que o empregado não transporta objetos de valor ou mesmo, eventualmente, pode estar em desvio de função em alguma área administrativa, por exemplo. Contudo, no caso concreto, o reclamante exercia a função de carteiro/motorista que transportava valores, como cheques, cartões de crédito, aparelhos eletroeletrônicos, medicamentos, livros etc. Nesse contexto específico, o risco de assalto não é o risco comum de qualquer trabalhador externo. No caso dos autos, o reclamante não somente estava exposto a risco acentuado como efetivamente sofreu pelo menos dois assaltos em serviço, tendo a ECT inclusive emitido CAT. 3 - Assim, incide a exceção do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a responsabilidade objetiva. 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. (TST RR 611-42.2014.5.02.0434, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 8.4.2016).

DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. RISCO ACENTUADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. MANEJO COM GADO. 1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calçada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, passou a prever, expressamente, a responsabilidade civil objetiva do empregador, com fundamento no risco gerado pela atividade empresarial (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, em razão da execução do contrato de emprego, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador, quando a atividade do empregado é considerada de risco. 2. No caso dos autos, o acidente de trabalho ocorreu quando o autor efetuava a tarefa de fixar o brinco de identificação na orelha do gado, sendo necessário, para tanto, colocar o animal em um compartimento que se assemelha a uma jaula (brete), usado para reter os bovinos em tratamento veterinário. O reclamante encontrava-se sobre as madeiras que cercavam o 'brete' quando o animal se agitou, fazendo com que uma das madeiras atingisse a perna do obreiro. Tal infortúnio ocasionou uma 'artrose pós-traumática' no joelho esquerdo da vítima e a perda da capacidade laborativa para as funções

que exercia. Atividades que envolvam o manejo de animais revestem-se de risco acentuado, porquanto expõe o trabalhador à probabilidade da ocorrência de vários possíveis sinistros causados pela conduta inopinada do animal, como no caso concreto dos autos. Diversos são os riscos conhecidos e previsíveis que podem advir de movimentos bruscos e dos sustos que podem fazer o animal comportar-se de modo a colocar em risco seu tratador, naquele momento. Apesar de a origem do risco estar no comportamento do gado, tal circunstância não elide, no caso, a responsabilidade do empregador, porquanto o risco gerado decorre da própria atividade do empregado, cujos serviços eram realizados em contato direto com o animal. Tal circunstância enseja o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador pelos danos morais e materiais daí advindos, na forma do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. 3. Recurso de revista conhecido e provido. (TST RR 245-98.2011.5.12.0023, 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 23.10.2015).

Apesar desse entendimento do TST, vislumbra-se que a melhor interpretação seria no sentido de reconhecer a responsabilidade de natureza objetiva, posto que o acidente de trabalho e a doença ocupacional constituiriam danos ao meio ambiente do trabalho, de sorte a adotar a prescrição normativa do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981²⁹.

São nesse sentido as lições do professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Além disso, cabe registrar a hipótese em que as doenças ocupacionais (profissionais e do trabalho) e os acidentes do trabalho se consubstanciem, na realidade, em lesões ao chamado meio ambiente do trabalho, o qual faz parte do meio ambiente como um todo (art. 200, inciso VIII, da CF/1988). Nesta situação especial, as referidas doenças e infortúnios decorrem, na verdade, dos danos maiores ao meio ambiente do trabalho. Por isso, assim ocorrendo, defende-se que a responsabilidade civil, nesses casos, também é de natureza objetiva, com fundamento no art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 e no art. 14, § 1º da Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente). (GARCIA, 2020b).

²⁹“Art. 14 [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”. (BRASIL, 1981).

3.4.3 Covid-19 e a responsabilidade do empregador

É crível e ululante que a Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (Covid-19), quando contraída em face do meio ambiente laboral, constitui-se em doença ocupacional que acarreta direito ao benefício acidentário ao empregado.

Seja a partir de um entendimento mais moderno, seja a partir dos precedentes do TST, e que, em face de um contexto pandêmico, posto não se tratar de uma mera “gripezinha”, vislumbra-se de forma geral que em boa parte do fazer laboral (excetuando situações específicas como, por exemplo, o teletrabalho) há um risco acentuado para o trabalhador em se contaminar com o Covid-19, visto tratar-se de uma doença infecciosa que permite reinfecção, e que acarretou, no Brasil, quase 200 mil óbitos, além de deixar sequelas nos recuperados. Tem-se a hipótese de responsabilidade objetiva por parte do empregador, que poderá arcar com indenização por danos materiais e/ou morais ao empregado que contrair o Covid-19 em decorrência do trabalho presencial no meio ambiente laboral da empresa.

Se ao empregador pode ser imputada a responsabilidade pelo estado incapacitante do empregado decorrente da infecção por Covid-19, pode o empregador exigir dos empregados, bem como determinar como requisito para novas contratações, a comprovação da vacinação contra o Covid-19.

4 DA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA PARA O CONTRATO DE TRABALHO

Partindo do pressuposto que a melhor interpretação que venha a preponderar seja a de que o empregador possa determinar a exigibilidade da vacina ao empregado, como condição para adentrar no ambiente de trabalho, aquele empregado que não o fizer pode ter o contrato de trabalho rescindido com fundamento em ato de indisciplina ou por insubordinação, conforme o art. 482, “h” da CLT:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

h) ato de indisciplina ou de insubordinação; [...].
(BRASIL, 1943).

Seria ato de indisciplina se a obrigatoriedade da comprovação da vacinação contra o Covid-19 estivesse prescrita no regimento geral da

empresa, ou poderia ser insubordinação caso a ordem fosse dada diretamente ao empregado.

5 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto em que vacinação do Covid-19, no Brasil, acabe não tendo cunho obrigatório, entende-se lícita sua exigibilidade por parte do empregador, para que os seus empregados possam ter acesso ao ambiente de trabalho e como requisito dos candidatos em processos seletivos.

A legitimidade do empregador fundamenta-se no fato dele assumir o risco da atividade econômica, o que lhe imputa o poder de organização e direção da atividade executada pelo empregado.

Além disso, constitui dever do empregador, decorrente das regras constitucionais, garantir meio ambiente de trabalho sadio, de sorte que a exigência da comprovação da vacinação contra o Covid-19 ao empregado é uma medida razoável, não podendo ser entendida como ato abusivo do poder de direção, posto fomentar um ambiente de trabalho seguro.

Não se vislumbra que tal exigência possa constituir conduta discriminatória por parte do empregador com o fim de selecionar apenas trabalhadores saudáveis dos não saudáveis, mas sim ação em obediência ao princípio da prevenção, que rege o meio ambiente do trabalho com o fito garantir a segurança sanitária, de forma a proteger o conjunto de empregados e terceiros.

Lembremos que a Síndrome Respiratória Aguda Grave decorrente do coronavírus, quando contraída no ambiente de trabalho, constitui-se em doença ocupacional, seja profissional ou do trabalho, de sorte que ao empregador pode ser imputada a responsabilidade pelo estado incapacitante do empregado infectado por Covid-19.

Como consectário lógico dessa possível responsabilização do empregador, este poderia exigir dos empregados, bem como determinar como requisito para novas contratações, a comprovação da vacinação contra o Covid-19 como forma de tentar minguar os riscos de uma ação de indenização por danos materiais e morais por parte do empregado.

Por fim, a negativa do empregado em apresentar comprovante de vacinação contra o Covid-19 pode ocasionar a demissão por justa causa, fundamentada em ato de indisciplina se a obrigatoriedade da comprovação da vacinação contra o Covid-19 estiver prescrita no regimento geral da empresa, ou por insubordinação caso a ordem seja dada diretamente ao empregado, nos termos do art. 482, "h", da CLT.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

BIERNATH, André. Seringa, *freezer*, algodão: Brasil pode sofrer falta de insumos para vacina contra a covid-19 se não agir rápido. **BBC News Brasil**, São Paulo, 7 dez. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55222195>.

BOLSONARO afirma que não tomará vacina contra a covid-19. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-nao-vai-tomar-vacina-contracovid,70003552928>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção n. 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. **DOU**, Brasília, 20 jan. 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d62150.htm. Revogado pelo Decreto n. 10.088, de 2019 (Vigência).

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 2 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de

importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **DOU**, Brasília, 7 fev. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm.

BRASIL. Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13982.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 22 mar. 2020d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Covid19: Painel Coronavírus. **Coronavírus Brasil**, Brasília, 17 dez. 2020b. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BROWN, Lee. Belarus president believes vodka and saunas will cure coronavirus. **New York Post**, New York, NY, 30 Mar. 2020. Disponível em: <https://nypost.com/2020/03/30/belarus-president-believes-vodka-and-saunas-will-cure-coronavirus/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CORREIA, Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FERREIRA, Paula. Ministério da Saúde ainda não definiu compra de seringas e agulhas para vacinação contra Covid-19. **O Globo**, Rio de Janeiro, 8 dez. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/>

ministerio-da-saude-ainda-nao-definiu-compra-de-seringas-agulhas-para-vacinacao-contra-covid-19-24786418.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: RT, 2013.

FMI prevê a “pior queda econômica” desde a Grande Depressão por covid-19. **Uol Notícias**, São Paulo, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/04/09/fmi-preve-a-pior-queda-economica-desde-a-grande-depressao-por-covid-19.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020a.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e saúde no trabalho**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020b.

“GRIPEZINHA” e “histeria”: cinco vezes em que Bolsonaro minimizou o coronavírus. **Congresso em Foco**, Brasília, 1º abr. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/gripezinha-e-histeria-cinco-vezes-em-que-bolsonaro-minimizou-o-coronavirus/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

LABORATÓRIO chinês nega ter ligação com covid-19: “teoria da conspiração”. **Uol Notícias**, São Paulo, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/04/19/laboratorio-wuhan-coronavirus-china.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

PRESIDENTE Jair Bolsonaro volta a dizer que vacina contra Covid não será obrigatória. **Jornal Nacional**, Rio de Janeiro, 19 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/10/19/presidente-jair-bolsonaro-volta-a-dizer-que-vacina-contra-covid-nao-sera-obrigatoria.ghtml>.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic**. Geneva, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E RELAÇÃO LABORAL: contribuições do *RGPD* e do direito do trabalho francês

DATA PROTECTION IN EMPLOYMENT RELATION: GDPR and french labor law contribution

GAURIAU, Rosane*

Resumo: O presente artigo visa examinar o tratamento de dados pessoais na fase pré-contratual, durante o contrato de trabalho e ao fim da relação laboral, à luz da LGPD, e do *RGPD* a partir da contribuição do direito do trabalho francês. Não se tem por objetivo comparar a LGPD e o *RGPD*, tampouco o direito do trabalho francês e brasileiro. Pretende-se examinar, tão somente, a experiência francesa de aplicação do *RGPD* e, a partir dela, cogitar sobre suas possíveis contribuições (ou não) ao direito do trabalho brasileiro. Enfim, sem a pretensão de exaurir a questão, serão analisadas algumas noções fundamentais e regras específicas para o tratamento de dados pessoais no contexto das relações laborais, no *RGPD* e na LGPD.

Palavras-chave: LGPD. *RGPD*. França e Brasil. Relação laboral. Proteção de dados.

Abstract: This paper aims to address a short study about data protection during the employment relationship based on GDPR, *LGPD* and French

*Pesquisadora. Doutora em Direito (*summa cum laude*) pela Université Paris 1 - Sorbonne. Mestre em *Droit des Entreprises*, Université d'Angers. *Membre associée du Centre Jean Bodin, recherche juridique et politique, CJB, EA n. 4337, Université d'Angers, SFR Confluences. Membre de l'Institut de Psychodynamique du Travail, Paris. Membre de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Paris. Membro do Grupo de Pesquisas Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq) e do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social (GETRAB-USP/CNPq).*

labor law. We will not compare *LGPD* and *GDPR*, nor French and Brazilian labor law, but only the *GDPR*'s French experience and its possible contribution to Brazilian labor law. Finally, to understand the issue, we will examine some definitions and specific rules linked to data protection in the labor law context.

Keywords: *LGPD*. *GDPR*. France and Brazil. Employment relationship. Data protection.

1 INTRODUÇÃO

Os recentes (mega)vazamentos de dados pessoais no Brasil e no mundo ilustram a “fragilidade dos procedimentos de segurança da informação e a ineficiência das normas jurídicas que têm por objeto a tutela de dados pessoais” (BURITI, 2021). O *Big data* é um mercado estratégico e lucrativo (CAPRIOLI, 2009; DUBOIS; GAULLIER, 2017).

Dados pessoais estão presentes e acessíveis em todo tempo e lugar: *smartphones*, *tablets* e computadores coletam, classificam e comercializam contatos, localização, som, imagem, hábitos e perfil. Uma mina de ouro para muitas empresas que os utilizam para analisar, orientar, otimizar o *marketing*, a publicidade, e influenciar preferências políticas, sindicais ou de consumo¹.

Este tipo de “mercantilização” dos dados pessoais invade o direito à intimidade e à vida privada das pessoas, razão pela qual, em diversos países, uma legislação específica foi elaborada para proteger os dados pessoais.

A implementação do *RGPD* (*Règlement Général sur la Protection des Données*)² no âmbito da União Europeia (UE) e da *LGPD* (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) no Brasil insere-se nesse contexto, pois visa regular o tratamento dos dados das pessoas físicas garantindo-lhes seus direitos e liberdades fundamentais.

¹DUHIGG, Charles. How Companies Learn Your Secrets. **The New York Times**, New York, NY, 16 Feb. 2012. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?_r=1&hp=&pagewanted=all. Acesso em: 14 fev. 2021. JOE, Ryan. The Great DMP Debate. **AdExchanger**, Rockville, MD, 23 Jan. 2014. Disponível em: <https://www.adexchanger.com/data-exchanges/the-great-dmp-debate/>. Acesso em: 14 fev. 2021. MARSHALL, Jack. What is a Data Management Platform, or DMP? **Digiday**, New York, NY, 15 Jan. 2014. Disponível em: <https://digiday.com/media/what-is-a-dmp-data-management-platform/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

²Regulamento Geral de Proteção de Dados, em inglês *GDPR*, *General Data Protection Regulation*.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

LGPD e RGPD. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)³, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, em vigor desde 18 de setembro de 2020⁴, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Inspirada na legislação europeia⁵, a LGPD define as hipóteses de uso legítimo de dados pessoais por terceiros e estabelece os mecanismos de sua proteção. Seu objetivo é proteger os direitos fundamentais, como o direito à intimidade, à privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁶, bem como o direito de acesso igualitário ao ambiente virtual (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR., 2020, p. 4).

No âmbito da União Europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁷, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, em vigor desde 25 de maio de 2018, é o texto de referência na matéria. Sendo um regulamento europeu, o RGPD é obrigatório e diretamente aplicável a todos os 27 Estados Membros da UE. Na França, a Lei n. 2018-493 de 20 de junho de 2018⁸ adaptou a *Loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*⁹ ao RGPD.

O RGPD cria um conjunto harmonizado de regras aplicáveis a qualquer tratamento de dados da pessoa física que ocorra na União Europeia. O objetivo é o de contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça, para o progresso econômico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas¹⁰. Aplicável, particularmente, às questões civis e comerciais, o RGPD estipula regras relativas à privacidade dos titulares dos dados e à livre circulação desses dados: protege as liberdades e

³V. art. 5º, X, da Constituição Federal (CF) e Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). E ainda, a Decisão 15/2020 do Conselho do Mercado Comum (CMC), Mercosul.

⁴Exceto no que se refere às sanções administrativas que entrarão em vigor em 1º de agosto de 2021.

⁵No particular da Diretiva 95/46/CE da União Europeia vigente à época da apresentação do projeto de lei (PL 4060/2012, Dep. Milton Monti - PR/SP).

⁶LGPD: arts. 1º e 17.

⁷Revogou a Diretiva 95/46/CE.

⁸V. também: *Décret d'application n. 2018-687 du 1er août 2018; Ordonnance n. 2018-1125 du 12 décembre 2018; Décret n. 2019-536, 29 mai 2019; Décret n. 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux fichiers et aux libertés, Ordonnance n. 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n. 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.*

⁹Que já tratava, à época, de questões relativas ao digital e tratamento de dados.

¹⁰RGPD: Considerando (Consid.) n. 1 e 2.

os direitos fundamentais dos indivíduos e, em particular, o direito à proteção de dados pessoais¹¹, intimidade e vida privada¹².

Segundo o *RGPD*, “dados pessoais” são quaisquer informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável¹³ (“titular dos dados”). “Tratamento”¹⁴ é uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registro, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão etc. Os princípios da proteção de dados protegem também os “dados sensíveis”¹⁵ e pseudoanonimizados¹⁶, mas não se aplicam às informações anônimas¹⁷. Ressalte-se que a proteção das pessoas físicas relativamente ao tratamento de seus dados pessoais é um direito fundamental reconhecido em diversos textos¹⁸, dentre eles, o art. 8º, n. 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e o art. 16, n. 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

De modo similar, a LGPD considera que “dado pessoal” é toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável¹⁹. “Tratamento de dados” é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração²⁰.

Campo de aplicação. Em regra geral, a LGPD²¹ aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

¹¹*RGPD*: Consid. n. 14.

¹²*RGPD*: art. 1º.

¹³*RGPD*: Consid. 26, 30 e art. 4º, § 1º. Identificável é pessoa singular que possa ser determinada, direta ou indiretamente por meio, e. g., de seu nome, dados de localização ou outros elementos específicos de sua identidade física, genética, mental, econômica, cultural ou social.

¹⁴*RGPD*: art. 4º, § 2º.

¹⁵*RGPD*: Consid. n. 10, 51 e arts. 4º, § 14, 9º, §§ 1º e 4º, 11, §§ 1º, 2º, “b” e art. 8º da *Loi du 6 janvier 1978*.

¹⁶*RGPD*: Consid. n. 26, 28, 29, 75, 78 e arts. 4º, § 5º, 25, 32 e 40.

¹⁷*RGPD*: Consid. n. 26.

¹⁸P. ex. Diretiva (UE) 2012/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (12.7.2012), modificada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento e do Conselho (25.11.2009), Convenção STE108 (28.1.1981) e seu protocolo adicional.

¹⁹LGPD: art. 5º, I.

²⁰LGPD: art. 5º, X.

²¹LGPD: arts. 3º e 4º.

1) a operação de tratamento seja realizada no território nacional; 2) a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou 3) os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

Aplica-se também às empresas com sede no exterior, desde que a operação de tratamento de dados seja realizada no território nacional. Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta. Logo,

[...] é irrelevante o país sede da empresa, o meio de tratamento de dados, a localização dos dados [...] a nacionalidade de seu titular, bastando que [...] os dados se encontrem em território brasileiro no momento da coleta. (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 11).

A LGPD não se aplica, dentre outros, ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins particulares e não econômicos. Ou, ainda, o tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais²².

O *RGPD* aplica-se a toda organização, pública ou privada, de qualquer porte (empresa, ministério, comunidade, associação etc.), que processe dados pessoais de pessoa física em seu nome ou não, estabelecida na União Europeia, ou que, se não estiver estabelecida em seu território, vise diretamente os residentes europeus.

Sanção e fiscalização. O cumprimento e fiscalização do *RGPD* e da LGPD, na França e no Brasil, faz-se, principalmente, por meio de órgãos administrativos: a CNIL e a ANPD, respectivamente.

Na França, a Comissão Nacional de Informática e Liberdades (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL*) foi criada pela *Loi n. 78-17 du 6 janvier 1978* e tem por missão garantir a proteção dos dados pessoais em suporte físico ou digital, de natureza pública ou privada. Trata-se de uma autoridade administrativa independente que atua em nome do Estado, sem a ele estar subordinado. A *CNIL* tem a função de alertar, aconselhar e informar tanto o Poder Público quanto os indivíduos em geral. Por fim, tem poder de controle e sanção²³. As deliberações da *CNIL* são muito importantes, regularmente citadas e observadas pelo Governo, órgãos públicos e Juízes em suas decisões.

²²LGPD: art. 4º.

²³Disponível em: <https://www.cnil.fr/>. Acesso em: 13 fev. 2021.

No Brasil, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) é o órgão da Administração Pública Federal vinculado à Presidência da República, responsável por zelar pela proteção de dados pessoais e por implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD²⁴. A ANPD tem natureza jurídica transitória²⁵. Logo, não tem a mesma autonomia e liberdade da CNIL. A ANPD se articula com outras entidades e órgãos públicos no exercício das suas competências²⁶. Tanto a LGPD quanto o *RGPD* preveem sanções administrativas, civis e penais por seu descumprimento²⁷.

Tratamento de dados e relações de emprego²⁸. O dados pessoais gerados no ambiente laboral necessitam, como todo dado pessoal, de proteção e tratamento.

O Código do Trabalho francês já cuidava, antes do advento do *RGPD*, sobre o tratamento dos dados pessoais dos empregados em diversos dispositivos, como, por exemplo, no art. L.1221-9 do Código do Trabalho, que especifica que nenhuma informação pessoal relativa a um candidato a um emprego pode ser recolhida por um dispositivo que não tenha sido previamente levado ao seu conhecimento. Ou, ainda, o art. L.1221-6 do mesmo Código, que prevê que as informações recolhidas por ocasião do recrutamento apenas podem ser utilizadas para avaliar a capacidade ou as aptidões profissionais do candidato.

O *RGPD* em seu art. 88 reforça esse direito dos trabalhadores. O dispositivo cuida do tratamento de dados no contexto das relações de trabalho: os Estados Membros podem estabelecer no seu ordenamento jurídico, por lei ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades relativamente ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, principalmente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho²⁹ e cessação da relação de trabalho. Tais regras devem incluir medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo

²⁴Art. 55-A e seg. da LGPD, Lei n. 13.853, de 14.8.2019, e Decreto n. 10.474, 26.8.2020.

²⁵LGPD: art. 55-A.

²⁶LGPD: art 55-K, parágrafo único.

²⁷Cf. Capítulo VIII da LGPD e Capítulo VIII da *RGPD*.

²⁸Aqui entendidas as relações laborais que tratem de dados pessoais do empregado.

²⁹*RGPD*: art. 88, § 1º: “[...] incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planejamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego”. (PARLEMENT EUROPÉEN; CONSEIL DE L’UNION EUROPÉENNE, 2018) (traduzido).

empresarial ou num grupo de empresas envolvidas em uma atividade econômica conjunta, e os sistemas de controle no local de trabalho³⁰.

A LGPD, contrariamente ao *RGPD*, não cuidou expressamente do tratamento de dados nas relações de trabalho, mas não há dúvidas de que a lei se aplica às relações de emprego, por haver coleta de dados pessoais no ambiente laboral.

Dentre os princípios e fundamentos, direitos e obrigações que consagra a LGPD³¹ e que podem ser aplicados às relações de trabalho, vale destacar: o princípio da dignidade, não discriminação, autodeterminação informativa³², boa-fé, lealdade; a liberdade de expressão, de informação, de opinião; o direito à intimidade e à vida privada, à inviolabilidade da honra e da imagem. E, ainda, o livre acesso, exatidão, clareza, qualidade, atualização, integridade, confidencialidade, conservação, transparência, adequação, proporcionalidade e limitação das finalidades no tratamento dos dados pessoais. Enfim, o interesse público, segurança, proteção, prevenção, responsabilização e prestação de contas, sempre observado o devido processo legal:

[...] a espinha dorsal da proteção de dados pessoais, é, basicamente, formada por cinco princípios, a saber: a) princípio da publicidade: a existência de banco de dados deve ser de conhecimento do público; b) princípio da exatidão: as informações devem ser fiéis à realidade e deve haver a possibilidade de atualizá-las periodicamente; c) princípio da finalidade: utilizar os dados para fins determinados - o qual deve ser comunicado ao titular antes da coleta; d) princípio do livre acesso: o interessado deve poder ter acesso aos arquivos que contêm seus dados, além de poder controlá-los - de acordo com o princípio da exatidão; e) princípio da segurança física e lógica: os dados devem ser protegidos contra extravios, destruições, modificações, transmissões ou acessos não autorizados. (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 8).

Ambos, o *RGPD* e a LGPD, tratam, ainda que nem sempre sob o mesmo enfoque³³, por exemplo, do princípio da *accountability* ou

³⁰*RGPD*: art. 88, § 2º.

³¹LGPD: arts. 2º e 6º.

³²“Segundo J. J. Gomes Canotilho a autodeterminação informativa se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais. Trata-se de um direito fundamental, visto que diretamente ligado à privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF/88)”. (PINHEIRO; BOMFIM, 2020).

³³Sobre as principais diferenças entre a LGPD e o *RGPD*, verificar quadro comparativo de RUARO, 2020.

princípio da responsabilização e da prestação de contas³⁴, da nomeação e papel do encarregado de dados (*Data Protection Officer*³⁵), ou, ainda, da avaliação de impacto em matéria de proteção de dados³⁶ (*Data Protection Impact Assessment*).

Consentimento. Segundo o *RGPD*³⁷, o consentimento é a manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento. No mesmo sentido, a LGPD afirma que o consentimento é a manifestação de vontade livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada³⁸. Como consequência, os contratos (compreendido o contrato de trabalho) deverão evitar:

[...] termos técnicos e textos demasiadamente longos. [Logo, as] informações [devem ser] claras, objetivas, inteligíveis, de fácil acesso, expressas acerca dos tipos de dados que estão sendo coletados naquela operação, os quais serão armazenados e os que serão descartados, por quanto tempo permanecerão arquivados, de que forma serão mantidos e, sobretudo para quais finalidades serão utilizados após a coleta e durante o tempo que estiverem em seu poder. (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 13).

Assim, tanto no *RGPD*³⁹ quanto na LGPD, as cláusulas que versarem sobre a política de tratamento de dados da empresa devem ser destacadas no documento apresentado ao titular dos dados, de forma a garantir a observância dos princípios da finalidade, transparência e segurança. São excluídas todas as formas de consentimento passivo ou genérico, sob pena de nulidade do ato:

[...] deve ser assegurado ao titular dos dados a indicação pontual e específica de quais dados ele deseja consentir e para qual finalidade específica, em detrimento da

³⁴*RGPD*: art. 5º. LGPD: art. 6º, § 10.

³⁵*RGPD*: arts. 37 a 39. LGPD: arts. 5º, VIII, e 41.

³⁶“Relativamente ao relatório de impacto a LGPD não deixou claro em quais situações o controlador será obrigado a realizar um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, delegando a uma regulamentação posterior o tratamento desta matéria. O RGPD prevê um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento resultar em um elevado risco para o direito e a liberdade das pessoas, em determinadas hipóteses”. (RUARO, 2020).

³⁷*RGPD*: Consid. n. 32, 33, 42, 43 e arts.4º, 11, §§ 6º e 7º.

³⁸LGPD: art. 5º, VII.

³⁹*RGPD*: art. 8º, § 4º.

prática de mercado materializada pelo *'all or nothing'*. A granularidade, portanto, é a possibilidade de indicação específica e pontual e é um mecanismo revelador da liberdade do consentimento exigida pelo art. 5º, XII, da LGPD. (PINHEIRO; BOMFIM, 2020).

O consentimento, segundo a LGPD, pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular⁴⁰. De preferência, o consentimento deverá ser fornecido por escrito e constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, como, por exemplo, por meio de um termo de consentimento para que o empregado⁴¹ concorde expressamente com o conteúdo da política de tratamento de dados do empregador (normalmente, no contexto laboral, o controlador é o empregador)⁴².

Em caso de alteração de informação, o controlador deverá informar o titular destacando as alterações feitas. O titular poderá, nos casos em que o seu consentimento for exigido, concordar, discordar da alteração ou revogar seu consentimento. Se o titular dispõe do direito à informação de seus dados pessoais, há hipóteses em que seu consentimento é dispensado⁴³ - por exemplo, para o cumprimento de uma obrigação legal ou em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária⁴⁴:

Isso ocorre, por exemplo, quando há determinações emanadas da lei para a empresa fornecer os dados do empregado (titular dos dados) para cadastro no e-social, ou até mesmo quando decorrer de uma decisão judicial determinando o fornecimento de dados para pagamento de uma pensão alimentícia, ou até mesmo uma determinação do Ministério Público em uma fiscalização. Nessas hipóteses, obviamente, dispensa-se a obtenção do consentimento do titular, eis que o tratamento decorre de uma obrigação legal. Entretanto, por cautela caberá à empresa informar expressamente por escrito no formulário de contratação essas possibilidades de

⁴⁰LGPD: art. 18, § 6º.

⁴¹Trabalhador e empregado são empregados como sinônimos.

⁴²"Cabe ainda ao empregador os deveres de prevenção e não discriminação, impedindo a utilização dos dados para fins ilícitos e discriminatórios [...], incluindo ainda a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais, sob pena de sua responsabilização". (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 26).

⁴³RGPD: arts. 6º a 9º e 18. LGPD: art. 7º, §§ 4º a 7º, 11, 18 e 27.

⁴⁴P. ex., exame toxicológico para o motorista profissional (art. 168, § 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), atestado de antecedentes criminais para o vigilante (arts. 12 e 16, VI, da Lei n. 7.102/1983 c/c art. 4º, I, da Lei n. 10.826/2003). Cf., ainda, IRR 24300-58.2013.5.13.0023, SBDI-1, j. 20.4.2017, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho.

fornecimento de dados decorrentes da lei, primando pelo princípio da informação preconizado pela LGPD. (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 14).

Ressalte-se, enfim, que tanto na França quanto no Brasil⁴⁵ a liberdade do consentimento no contexto laboral é vista com reservas. Isso porque é sabido que o empregado raramente pode dar, recusar ou revogar livremente o seu consentimento. *Primo*, em razão da dependência financeira do empregado *vis-à-vis* do empregador. *Secundo*, em razão da relação de subordinação que preside o contrato de trabalho e cria indiscutível desequilíbrio entre as partes:

[O] consentimento [...] no âmbito das relações de trabalho é cercado de preocupações. Isso porque o art. 5º, XII, proclama que o consentimento deve ser entendido como a ‘manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada’. A expressão ‘livre’ pressupõe verdadeira opção do titular dos dados, pressuposto que despertará dúvida sobre sua ocorrência no âmbito de uma relação como a trabalhista, marcada pelo desequilíbrio de poder e, em regra, pela dependência econômica. Não serão raras as alegações de que o empregado não teve legítima escolha, a ele tendo sido imputado o consentimento como fator condicionante de manutenção do vínculo de emprego.

[...] caso o empregador pretenda obter o consentimento, é necessário observar o art. 8º, *caput* e § 1º, da LGPD, que estipula que o consentimento deve ser fornecido ‘por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular’ e que, caso seja fornecido por escrito, deve ‘constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais’. Logo, sempre deverá ser expresso o consentimento [...]. Algumas empresas têm inserido cláusula específica e destacada nos contratos formais de trabalho, mas, considerando a natureza de contrato de adesão do contrato de trabalho e que é delas o ônus de comprovar a validade do consentimento (art. 8º, § 2º), seria ainda mais prudente a celebração de um documento em apartado. (PINHEIRO; BOMFIM, 2020).

⁴⁵Posição adotada pelo *Article 29*: EUROPEAN COMMISSION. Data Protection Working Party, WP 249. Opinion 2/2017 on data processing at work (§ 6.2). **Newsroom**, Brussels, 8 June 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610169. Acesso em: 6 fev. 2021.

Feitas essas considerações iniciais, iremos examinar o tratamento de dados na relação individual de trabalho⁴⁶, à luz da LGPD e do *RGPD*, a partir da interpretação que lhe confere o direito do trabalho francês. *In casu*, o interesse pelo direito comparado não é o de importar o sistema estrangeiro, mas de observar quais lições podem ser aproveitadas a fim de construir um sistema próprio à realidade brasileira⁴⁷. Assim, serão analisados, primeiramente, o tratamento de dados laborais na fase que antecede o contrato de trabalho, fase pré-contratual (3.1). Em seguida, durante o contrato de trabalho, fase contratual (3.2), e, enfim, após a ruptura do contrato de trabalho, fase pós-contratual (3.3).

3 TRATAMENTO DE DADOS E RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

3.1 Tratamento de dados: fase pré-contratual

Recrutamento e Seleção. Segundo o Código do Trabalho francês⁴⁸, as informações relativas aos candidatos não podem ser coletadas por um dispositivo que não lhes tenha sido informado previamente. As informações apenas podem ser utilizadas para avaliar a capacidade ou as aptidões profissionais para o cargo proposto. Os métodos e técnicas empregados por ocasião do recrutamento devem ser adequados, proporcionais e em relação com a finalidade a ser alcançada. Os resultados coletados são confidenciais⁴⁹. Nas empresas com mais de 50 empregados, essas informações serão fornecidas preservando o anonimato e conforme os moldes fixados por Decreto do *Conseil d'État*⁵⁰.

Esses dispositivos, interpretados à luz do *RGPD*, demandam do empregador uma proteção reforçada dos dados pessoais do candidato (titular dos dados) durante o recrutamento: ou seja, são excluídas todas as informações sobre a vida privada do candidato, a menos que a informação tenha vínculo direto e necessário com o cargo em questão. A seleção de candidatos que envolva uma avaliação do comportamento humano, que forneça uma definição do perfil ou personalidade do candidato, com base, por exemplo, em sua situação econômica, localização, estado de

⁴⁶A LGPD contrariamente ao *RGPD* não faz menção ao tratamento de dados pelas convenções coletivas de trabalho e participação de instituições representativas do pessoal. Consid. n. 155, arts. 9º e 88.

⁴⁷V. p. ex: Kelsen (*Teoria Pura do Direito*) e R. Alexy (*El concepto y la validez del derecho y otros ensayos, Teoría del discurso y derechos humanos* ou *Teoría de la Argumentación Jurídica: la Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*).

⁴⁸Arts. L.1221-6 a L.1221-9; L.1121-1; L.1222-3 e L.1222-4.

⁴⁹Arts. 9º do Código Civil francês e 226-1 e ss. do Código Penal francês.

⁵⁰Mais alta Corte Administrativa da Jurisdição Administrativa francesa.

saúde ou civil, opinião política, religião ou convicções, filiação sindical ou orientação sexual só deverá ser permitida em condições específicas e mediante consentimento do candidato. Recorde-se que o consentimento do candidato, nesta fase, bem como em todas as fases da relação laboral deve ser livre, expresso e inequívoco. O candidato deve, sempre, fornecer as informações de boa-fé⁵¹.

Acrescente-se ainda que, segundo o *RGPD*, o responsável pelo tratamento de dados deverá fornecer ao candidato, dentre outras, todas as informações necessárias para assegurar um tratamento equitativo e transparente de seus dados, tendo em vista as circunstâncias e o contexto específicos em que eles serão tratados. Sempre que os dados pessoais forem suscetíveis de ser legitimamente comunicados a outro destinatário ou utilizados para outro fim que não aquele para o qual tenham sido recolhidos, o responsável pelo tratamento deverá fornecer ao candidato informações sobre a finalidade da coleta, bem como todas as informações necessárias à compreensão do tratamento de dados. O candidato tem o direito de acessar os dados coletados sobre a sua saúde, *e. g.*, resultados de seus exames ou avaliações médicas⁵².

Como consequência, os questionários apresentados ao candidato devem observar o princípio da minimização de dados e as questões devem estar diretamente relacionadas à oferta de emprego. Deve ser-lhe informada a finalidade da coleta dos dados, a forma e duração do tratamento, a identificação e informações de contato do controlador, se haverá compartilhamento de dados e para qual finalidade, além das responsabilidades dos agentes de tratamentos e os direitos do titular dos dados (direito de acesso, retificação e oposição).

Durante essa fase, o recrutador deve respeitar a vida privada do candidato, bem como observar os princípios de lealdade, minimização, transparência, equidade, proporcionalidade e adequação no tratamento de dados.

Em caso de desfecho negativo da candidatura, o recrutador deve informar ao candidato se pretende manter o seu currículo e arquivos (contendo dados pessoais), bem como dar-lhe a possibilidade de autorizar ou solicitar a sua destruição. O recrutador, se for o caso, deverá justificar por que certas informações necessitam de conservação.

A experiência francesa pode inspirar o Direito do Trabalho brasileiro⁵³. Assim, por exemplo, os dados pessoais coletados por ocasião de um recrutamento e seleção no Brasil (p. ex., identificação pessoal) ou

⁵¹*RGPD*: art. 5º, § 1º, “c”.

⁵²Consid. n. 39, 58, 60, 71, 78 e arts. 5º, § 1º, “a”, 12, 13, § 2º e 26, § 1º.

⁵³Arts. 17 a 20 LGPD.

os dados sensíveis (p. ex., filiação sindical ou dados relativos à saúde) devem ser tratados com cautela, a fim de evitar discriminação ou afronta à vida privada do candidato. Os princípios supramencionados, bem como o consentimento do titular, devem ser respeitados e observados. Findo o processo seletivo, o recrutador deverá informar claramente aos candidatos não selecionados a política de utilização dos dados fornecidos e, principalmente, o que será feito com seus dados, documentos, currículos e eventual conservação (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 25).

Algoritmos, recrutamento e seleção. *Quid* da seleção por algoritmo? Segundo o *RGPD*, o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar⁵⁴. Não se trata, portanto, de proibir o uso de algoritmos, mas de limitar e enquadrar sua utilização.

Alinhada ao *RGPD*, a *LGPD* afirma que o titular dos dados tem direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial⁵⁵. Em razão do princípio da transparência, recomenda-se a elaboração de relatório de impacto sobre a proteção de dados pessoais, a fim de evitar eventual contencioso de discriminação.

3.2 Tratamento de dados: fase contratual

Execução do contrato de trabalho. É na fase contratual que o empregado terá conhecimento da política de tratamento de dados da empresa e dará (ou não) o seu consentimento expresso. Consequentemente, as cláusulas contratuais devem ser redigidas de modo a comprovar a transmissão de informações acerca do tratamento de dados do empregado.

O Código do Trabalho francês⁵⁶ afirma que nenhuma informação sobre um empregado pode ser coletada por um dispositivo que não lhe tenha sido previamente informado. A exigência de boa-fé e lealdade nas relações de trabalho proíbe o uso de meios clandestinos de controle

⁵⁴*RGPD*: art. 22.

⁵⁵*LGPD*: art. 20 e § 1º.

⁵⁶Art. L.1222-4 do Código do Trabalho.

do empregado. Assim, o controle por geolocalização, biometria ou vídeo/áudio-vigilância **não pode ser** utilizado se não estiver em conformidade com o *RGPD*. A coleta ilegal desses dados pelo empregador pode implicar violação da obrigação de lealdade⁵⁷, da vida privada e intimidade do empregado, culminando em sanções administrativas ou penais.

Tanto o *RGPD* quanto a LGPD aplicam-se aos documentos que contenham dados pessoais e dados sensíveis, a exemplo dos dados bancários para pagamento de salários, dados relativos à remuneração para fins de pensão alimentícia, dados relativos à saúde, como exames ocupacionais e atestados médicos, ficha de registro do empregado, filiação sindical etc. Recomenda-se, pois, que os formulários, questionários e contratos de trabalho sejam adequados às exigências da LGPD,

[...] sob pena de burla à necessária adequação dos dados coletados à teleologia justificada, de modo a permitir o livre acesso de modo gratuito e com qualidade, exatidão, clareza, transparência e segurança, cabendo às empresas a obrigação de prestação de contas (*accountability*). (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 26).

Rememore-se que é direito do empregado, na qualidade de titular dos dados pessoais, o acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que devem ser disponibilizados de forma clara, adequada e ostensiva pelo empregador. Dentre outros, devem ser-lhe informados seus direitos na qualidade de titular dos dados e a finalidade específica do tratamento; forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; identificação e informações de contato do controlador; informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento etc. O empregado pode, a qualquer momento, durante a execução do contrato e mediante requisição, acessar, confirmar, corrigir seu dados incompletos, inexatos ou desatualizados, bem como solicitar o bloqueio ou a eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LGPD, ou revogar seu consentimento⁵⁸. Ele tem o direito de se opor a uma medida de definição de perfil, direito à portabilidade dos seus dados, direito à limitação do tratamento e, enfim, direito de acesso, retificação, bloqueio⁵⁹ ou eliminação⁶⁰.

⁵⁷Art. L.1222-1 do Código do Trabalho.

⁵⁸LGPD: art. 18.

⁵⁹LGPD: arts. 7º a 12, 15 a 22. *RGPD*: Consid. n. 32, 42, 43 e art. 4º, § 11.

⁶⁰Quanto ao direito ao esquecimento digital, o *RGPD* faz a ele expressamente menção, dentre outros, nos Considerandos n. 65 e 66 e no art. 17. Sobre o tema, o STF afirmou ser incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento. Eventuais excessos ou abusos

Dentre as diversas questões relativas ao tratamento de dados pessoais e sensíveis durante a execução do contrato de trabalho, destacamos a vigilância e o monitoramento dos trabalhadores (a), uso da biometria (b), uso do *BYOD* (c) e dos dados relativos à saúde do trabalhador (d).

a) Vigilância e monitoramento de empregados

Na França, à luz do *RGPD*, da legislação⁶¹, das deliberações da *CNIL*⁶² e da jurisprudência⁶³, em regra geral não é permitido o monitoramento permanente dos empregados (p. ex., vigilância constante por vídeo, *webcam* ou dispositivos de áudio), salvo em circunstâncias especiais e devidamente justificadas. Tal como acontece com qualquer tratamento de dados pessoais, um sistema de monitoramento do tempo de trabalho ou das atividades realizadas pelos empregados, à distância ou *in loco*, deve ter uma finalidade clara, definida, além de ser proporcional e adequado aos fins a que se destina. Os empregados e o *Comité social et économique*⁶⁴ (*CSE*) devem ser informados acerca de toda forma de monitoramento e vigilância. Isso porque os empregados também têm direito ao respeito da vida privada no local de trabalho. Assim sendo, um sistema de vigilância permanente é excessivo e desproporcional, principalmente porque existem meios alternativos e menos intrusivos para alcançar tal fim. Igualmente excessivo e desproporcional é o compartilhamento permanente da tela e/ou uso de *keyloggers*⁶⁵, ou, ainda, a obrigação do empregado de realizar ações, regularmente, para demonstrar sua presença atrás de sua tela, como clicar a cada “X” minutos em um aplicativo, ou tirar fotos em intervalos regulares e enviá-las ao empregador⁶⁶.

Câmeras podem ser instaladas nas entradas e saídas de edifícios, saídas de emergência e vias de circulação. Elas também podem

no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso. RE 1010606-RJ, Plenário, j. 11.2.2021, Rel. Min. Dias Toffoli.

⁶¹P. ex.: arts. 5º, § 1º, “c”, 9º, § 4º e 11, 1º, § 2º, “b”, do *RGPD*. Arts. 8º, II, § 9º, de *la Loi du 6 janvier 1978*. Arts. L.1121-1, L.1221-6 a L.1221-9; L.1121-1; L.1222-3, L.1222-4 e L.2323-47 do Código do Trabalho. Art. 9º do Código Civil. Arts. 226-1 e ss. do Código Penal.

⁶²Disponível em: <https://www.cnil.fr/>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁶³*Cour de cassation. Chambre sociale, 19 déc. 2018, arrêt n. 17-14.631, Publié au bulletin. Conseil d’État, 10me - 9ème chambres réunies, 15 déc. 2017, 403776, Publié au recueil Lebon.*

⁶⁴Instância representativa do pessoal. Art. L.2312-38 do Código do Trabalho.

⁶⁵*Keyloggers*: *software* que permite registrar todas as teclas digitadas por uma pessoa em um computador.

⁶⁶Esses processos, segundo a *CNIL*, são particularmente invasivos e equivalem a um monitoramento permanente e desproporcional das atividades dos empregados. LA VIDÉOSURVEILLANCE: vidéoprotection au travail. *Cnil*, Paris, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/la-videosurveillance-videoprotection-au-travail>. Acesso em: 15 fev. 2021.

filmar áreas onde mercadorias ou bens valiosos são armazenados. Mas não devem filmar os trabalhadores (o rosto) em seu local de trabalho, exceto em circunstâncias especiais (p. ex., é permitida a filmagem do caixa bancário em atividade, mas não o seu rosto). As câmeras também não devem filmar as áreas de descanso ou banheiros. Se as imagens puderem ser acessadas remotamente, pela internet ou pelo celular, por exemplo, esse acesso deve ser protegido. Por fim, a gravação de som é reservada a situações específicas, limitadas e justificadas pela finalidade (p. ex., uma agressão do trabalhador no local de trabalho)⁶⁷.

A *CNIL* aconselha⁶⁸, pois, que antes da implantação de qualquer ferramenta de monitoramento ou controle seja realizado um teste de adequação e proporcionalidade para determinar se todos os dados são realmente necessários, a fim de garantir que as eventuais violações do direito à privacidade sejam reduzidas ao mínimo necessário à consecução da atividade profissional. Informações claras e específicas devem ser fornecidas aos empregados sobre qualquer monitoramento ou controle realizado no ambiente de trabalho, bem como as finalidades, os objetivos e as circunstâncias de tal monitoramento ou controle, uma vez que essas atividades podem afrontar a privacidade dos empregados.

A *LGPD*, como o *RGPD*, não proíbe o monitoramento por câmeras de vídeo interno e externo do ambiente da empresa. Da leitura da *LGPD* pode-se concluir que o tratamento dos dados coletados pelo monitoramento deve ser necessário, justificado, proporcional, transparente e adequado aos fins a que se destina. Tal como ocorre no *RGPD*, o empregado deve ser informado do monitoramento, de preferência por escrito, sobretudo porque o uso de dados coletados por meio de um sistema de vídeo-vigilância ou o uso de dados de um sistema de geolocalização que monitore (de modo sistemático ou pontual) o empregado pode violar sua intimidade e vida privada no ambiente de trabalho. Uma avaliação de impacto pode ser realizada. A questão será, certamente, objeto de pronunciamento, seja pelo Poder Judiciário, seja pela ANPD.

b) Biometria

Dado pessoal sensível, a biometria merece tratamento particular pelo empregador. À luz do *RGPD*⁶⁹, o controle da jornada por meio de registro de ponto eletrônico pelo uso de biometria deverá ser

⁶⁷LA VIDÉOSURVEILLANCE: vidéoprotection au travail. *Cnil*, Paris, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/la-vidéosurveillance-vidéoprotection-au-travail>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁶⁸*Idem*.

⁶⁹*RGPD*: Consid. n. 51, 53, 91 e arts. 4º, § 14, 9º, §§ 1º e 4º.

previamente autorizado pelo empregado e seu uso restrito ao fim a que se destina, vedada a utilização para outra finalidade sem o consentimento expresso do trabalhador. Na França, a *CNIL*, interpretando o *RGPD*, a legislação⁷⁰ e a jurisprudência⁷¹, estabelece os procedimentos a serem adotados para a utilização de dados biométricos impostos pelo empregador (de direito público ou privado) ao seu pessoal (em sentido lato: empregados, estagiários, trabalhadores temporários, voluntários etc.), a fim de controlar o acesso ao local de trabalho. Como todo tratamento de dados sensíveis, o uso da biometria deve ser justificado, proporcional e adequado aos fins a que se destina. O responsável pelo tratamento dos dados deve tomar as medidas adequadas (de segurança e conservação) para fornecer ao empregado todas as informações necessárias sobre os dados coletados. Uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados deve ser efetuada pelo responsável do tratamento antes da implementação da biometria. Enfim, o uso de dados biométricos só será permitido para controlar o acesso ao local de trabalho⁷².

A LGPD⁷³, no mesmo sentido, afirma que os dados biométricos são dados pessoais sensíveis, e tal como previsto no *RGPD* seu uso deve ser enquadrado aos fins a que se destina (p. ex., o controle do ponto eletrônico⁷⁴) e mediante informação/consentimento do trabalhador. Nesse tema, também, recomenda-se uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados sensíveis.

c) *BYOD*

Em razão da atual pandemia de Covid-19 e da generalização do teletrabalho, muitos trabalhadores passaram a utilizar o próprio equipamento tecnológico para teletrabalhar (comumente denominado *BYOD*

⁷⁰V. arts. 5º, § 1º, “c”, 9º, §§ 4º e 11, §§ 1º, 2º, “b”, do *RGPD*. Art. 8º, §§ 2º e 9º, de *la loi du 6 janvier 1978 modifiée*. Art. L.1121-1 do Código do Trabalho. *Règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail*. Disponível em: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation-2019-001-10-01-2019-reglement-type-contrôle-daccés-biometrique.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁷¹Ver nota de rodapé n. 63.

⁷²L'ACCÈS aux locaux et le contrôle des horaires sur le lieu de travail. *Cnil*, Paris, 25 juil. 2018. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/laccès-aux-locaux-et-le-contrôle-des-horaires-sur-le-lieu-de-travail>. Acesso em: 15 fev. 2021. Sobre o reconhecimento facial: CONSEIL DE L'EUROPE. **Convention 108**: lignes directrices sur la reconnaissance faciale. Strasbourg: Comité Consultatif de la Convention pour la Protection des Personnes a l'égard du Traitement Automatisés Données a Caractère Personnel, 28 janv. 2021. Disponível em: <https://rm.coe.int/lignes-directrices-sur-la-reconnaissance-faciale/1680a134f4>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁷³LGPD: art. 5º, II.

⁷⁴V. art. 74 da CLT e Portaria n. 1.510, de 21 de agosto de 2009, do Ministério do Trabalho e Emprego.

- *Bring Your Own Device*), o que suscita questionamentos acerca do tratamento de dados e da vida privada, à luz do *RGPD* e da *LGPD*.

A utilização de equipamentos de informática de uso pessoal em contexto profissional apresenta inconvenientes para empregados e empregador. Para os empregados, tendo em vista a dificuldade em estabelecer limites claros entre os dados pessoais (vida privada) e dados profissionais. Para o empregador, em razão do risco de divulgação de informações sigilosas que possam transitar nos dispositivos pessoais de seus empregados ou seu possível uso inadequado por terceiros (amigos, familiares etc.), e, ainda, “a (im)possibilidade de monitorar os dispositivos pessoais do empregado, dada a eventual violação de sua privacidade e intimidade” (FINCATO; FRANK, 2020, p. 69-71). Se o empregador é, em princípio, livre para acessar os dados contidos no equipamento profissional confiado ao empregado, porque presume-se de natureza profissional, esse não é o caso quando se tratar de dados constantes do equipamento pessoal do empregado. Ressalte-se que o empregador é responsável pela segurança dos dados pessoais de sua empresa e dos dados de seus empregados, inclusive quando estão armazenados em dispositivos pessoais sobre os quais não possui controle físico ou jurídico, mas que autorizou o uso (por seus empregados). Enfim, o uso de *BYOD* não isenta o empregador de sua obrigação de fornecer a seus empregados os equipamentos e infraestrutura necessários para o desempenho de atividades, pois ferramentas pessoais só devem ser usadas excepcionalmente no contexto profissional.

Ressalte-se que, à luz do *RGPD* e da *LGPD*, o uso de equipamento pessoal (*BYOD*) não é uma forma de “tratamento de dados pessoais”, mas ele pode gerar dados pessoais. Consequentemente, o recurso ao *BYOD* não altera as obrigações dos responsáveis pelo controle dos dados coletados, tampouco os princípios que regem esse tratamento (principalmente, os da transparência, adequação, minimização, proporcionalidade e finalidade). Evidentemente, deve haver o consentimento expresso do empregado quanto ao tratamento e eventual compartilhamento de seus dados pessoais coletados.

Recorrer ao *BYOD* é, portanto, uma decisão que exige ponderação das vantagens e desvantagens apresentadas por esse uso que confunde os limites entre a vida pessoal e profissional e põe em risco a segurança de dados pessoais dos trabalhadores, empresa, clientes e terceiros. Recomenda-se, pois, a elaboração de relatório de impacto sobre a proteção de dados pessoais.

d) Saúde

Nos termos dos arts. L.4121-1 e L.4122-1 do Código do Trabalho francês, o empregador tem a obrigação de proteger a saúde e

a segurança de seus empregados, devendo implementar todos os meios necessários para tornar efetivo esse direito. No Brasil, igualmente, o empregador deve tomar as medidas necessárias para a redução de riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), proteção do meio ambiente do trabalho (arts. 200, VIII, e 225, *caput*), além das normas de proteção e segurança previstas nos arts. 154 a 201 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e das Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho, sem olvidar as garantias previstas na Constituição Federal, principalmente a proteção dos direitos fundamentais contidos nos arts. 5º e 6º (*e. g.* direito à vida, à segurança, à saúde, à integridade, ao repouso, à vida privada etc.).

A regra geral, segundo o *RGPD*⁷⁵, é a proibição do tratamento de dados relativos à saúde, salvo, por exemplo, se o tratamento for necessário para proteger os interesses vitais do titular dos dados⁷⁶, ou por motivos de interesse público⁷⁷ no domínio da saúde pública⁷⁸, ou se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou de medicina do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, diagnóstico médico, tratamentos de saúde⁷⁹, sempre com fundamento na legislação da UE ou na legislação do Estado Membro, observada a proporcionalidade e a salvaguarda dos direitos fundamentais do titular dos dados.

Essas regras do *RGPD* devem ser conciliadas com a obrigação legal acima mencionada, sobretudo em tempos da pandemia de Covid-19. Assim, exceções legais podem ser invocadas pelo empregador para o tratamento de dados pessoais relativos à saúde, no âmbito do combate à Covid-19, garantida a sua utilização apenas para tais fins específicos⁸⁰.

Esclareça-se que, no tema, as autoridades francesas⁸¹ parecem posicionar-se no sentido de que os empregadores não devem estabelecer um tratamento sistemático e generalizado dos dados de saúde de seus empregados, além daquele que for solicitado pelas autoridades de saúde pública, a fim de preservar o direito à vida privada e evitar discriminação. A *CNIL*⁸², à luz do *RGPD*⁸³, recorda a obrigação do empregador de estar particularmente vigilante quanto à utilização, em princípio proibida,

⁷⁵*RGPD*: art. 9º.

⁷⁶*RGPD*: art. 9º, § 2º, “c”.

⁷⁷*RGPD*: art. 9º, § 2º, “g”.

⁷⁸*RGPD*: art. 9º, § 2º, “i”.

⁷⁹*RGPD*: art. 9º, § 2º, “h”.

⁸⁰A corroborar, citem-se o Preâmbulo do *RGPD* e o Considerando n. 46. Derrogações à proibição do art. 9º estão previstas nos Considerandos n. 52 e 54 do *RGPD*.

⁸¹A *CNIL*, em particular.

⁸²RÉFÉRENTIEL. *Cnil*, Paris, 18 juil. 2019 [Adopté]. Disponível em: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel-grh.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁸³*RGPD*: arts. 9º, § 2º, e 88.

mas autorizada excepcionalmente, dos dados sensíveis como os dados de saúde, em matéria de saúde ocupacional. Isso porque esses dados só podem ser processados para fins específicos (p. ex., gestão do serviço de saúde ocupacional, acidentes de trabalho, doenças profissionais ou medidas de segurança específicas).

De modo similar, extrai-se da LGPD que o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária e com o consentimento do empregado, salvo hipóteses legais⁸⁴. É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis relativos à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde ou de assistência farmacêutica⁸⁵.

Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas, mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme as práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas⁸⁶. O acesso aos dados em questão será objeto de regulamentação por parte da autoridade nacional e das autoridades da área de saúde e sanitárias, no âmbito de suas competências.

Aqui, também, a experiência francesa pode ser útil ao jurista brasileiro, pois os princípios de minimização, adequação, proporcionalidade e transparência no tratamento de dados, que informam o *RGPD* (e também a *LGPD*) podem ser aplicados durante a execução do contrato de trabalho, a fim de conciliar o direito do empregado de proteger seus dados pessoais (sobretudo os dados sensíveis, caracterizados por seu elevado potencial discriminatório) e o direito do empregador de conservar esses dados, por razões legais ou interesse público.

3.3 Tratamento de dados: fase pós-contratual

A ruptura do contrato de trabalho, por qualquer motivo, requer a observância dos preceitos da *LGPD* e do *RGPD*.

O empregado tem, portanto, o direito de solicitar a eliminação de seus dados pessoais quando da rescisão contratual. Todavia, da

⁸⁴LGPD: art. 7º e § 5º.

⁸⁵LGPD: art. 11.

⁸⁶LGPD: art. 13.

leitura dos arts. 15 e 16 da LGPD conclui-se que pode ser autorizada a sua conservação, mesmo sem a autorização do empregado, por exemplo, para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador/empregador⁸⁷. Nesse caso, o arquivamento da documentação do ex-empregado pode ser admitido, observado o prazo prescricional de 2 anos ou prazo superior para alguns documentos, em razão de fiscalização e auditoria do trabalho⁸⁸, como, por exemplo, os dados de depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

No mesmo sentido, o *RGPD* afirma que o responsável pelo tratamento de dados deve justificar quem a eles pode ter direito e por quais motivos, pois esses mesmos dados podem ser utilizados após a rescisão do contrato de trabalho, de modo desleal ou abusivo. Deverá, igualmente, estar atento às medidas de privacidade e aos procedimentos técnicos adequados de forma a garantir que o tratamento de dados esteja em conformidade com o *RGPD*. Enfim, com vistas a prevenir contencioso, o responsável pelo tratamento deverá ser capaz de demonstrar que tomou todas as medidas necessárias para proteger a coleta de dados do ex-empregado (inclusive dos clientes ou terceiros com quem ele trabalhou) e evitar, assim, possível responsabilização civil ou administrativa. Recomenda-se, por exemplo, que por ocasião da rescisão contratual conste cláusula de confidencialidade, lealdade e menção especial sobre o sigilo dos dados de clientes e terceiros⁸⁹.

Essa interpretação do *RGPD* à *la française* parece-nos poder inspirar o jurista brasileiro quando da elaboração dos documentos relativos à rescisão contratual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O “mundo digital” modificou nossas interações com a sociedade, família e amigos. A atual pandemia acelerou esse quadro: o *homo numericus* (COMPIÈGNE, 2010) em evolução antes da pandemia

⁸⁷P. ex.: “guarda de informações fiscais, tributárias, trabalhistas, previdenciárias, observados os respectivos prazos prescricionais.” (PAMPLONA FILHO; CONI JUNIOR, 2020, p. 15).

⁸⁸“[...] alguns desses dados devem ser armazenados por prazo indeterminado, pois poderão ser requeridos em eventuais fiscalizações das condições de trabalho pelos Auditores-Fiscais do Trabalho ou no âmbito de reclamações trabalhistas, inclusive a pedido do Ministério Público do Trabalho [...]. Os dados que envolvam atas da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), o registro de empregados e o livro de Inspeção do Trabalho devem ser armazenados por prazo indeterminado. Por sua vez, dados envolvendo a relação de emprego como acordos de compensação, recibos de férias, de pagamento de salário, dentre outros, devem ser armazenados pelo período de 5 anos, prazo correspondente à prescrição trabalhista”. (CORREIA; BOLDRIN, 2020).

⁸⁹*RGPD*: arts. 12 a 21.

consolidou sua presença na *net*. Enaltecido pelas redes sociais, ele descortina sua vida privada no “mundo virtual” como jamais o “mundo físico” conheceu, indicando ao “mundo jurídico” que essa noção evoluiu. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que descortina sua vida privada, o *homo numericus* requer o controle desses dados. *Maître et Seigneur dans son Royaume*, ele aceita fazer concessões de divulgação e acesso a suas informações, aceita a invasão da sua *privacy*, mas na condição que não haja mercantilização dessas informações pessoais (CASILLI, 2015).

Nessa arena do *Big Data*, tanto a LGPD quanto o RGPD têm por finalidade a proteção de direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, principalmente o direito à intimidade e à vida privada. Eles permitem que o *homo numericus* se reaproprie de seus dados pessoais, controle os métodos de compartilhamento e de acesso de suas informações, limitando, assim, o confisco de seus dados pessoais pelas grandes plataformas digitais (CASILLI *apud* ALIX, 2018). Ambos exigem das relações empregatícias adaptações: lealdade, transparência e proporcionalidade no tratamento de dados.

A experiência francesa nos convida a refletir sobre os caminhos a seguir, a fim de garantir a efetividade desses direitos, fazer evoluir o direito pátrio alinhando-o às exigências internacionais de proteção e segurança jurídica de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antônio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 82, n. 6, p. 655-661, jun. 2018.

ALIX, Christophe. Le RGPD, Un premier pas dans la bonne direction. **Libération**, Paris, 24 mai 2018. Disponível em: <http://www.casilli.fr/tag/donnees-personnelles/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

ALVES, Amauri Cesar; ESTRELA, Catarina Galvão. Consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pelo empregador: análise da subordinação jurídica, da higidez da manifestação de vontade e da vulnerabilidade do trabalhador no contexto da LGPD. **Síntese**, São Paulo, v. 31, n. 375, p. 25-39, 2020.

BENSOUSSAN, Alain. **Informatiques et libertes**. 3. éd. Levallois Perret: Francis Lefebvre, 2019.

BURITI, C. R. A ineficiência do Direito na prevenção de vazamentos de dados pessoais. **JOTA**, São Paulo, 5 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/vazamentos-dados-pessoais-05032021>. Acesso em: 6 mar. 2021.

CALEGARI, Luiz Fernando. A influência da LGPD nas Relações de Trabalho: a necessidade de as empresas se adequarem à nova legislação. **Síntese**, São Paulo, v. 31, n. 375, p. 21-24, 2020.

CAPRIOLI, E. L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée. **Comm. com. Élec.**, Paris, n. 6, comm. 60, juin 2009.

CASILLI, A. Quelle protection de la vie privée face aux attaques contre nos libertés numériques? **Antonio A. Casilli [blog]**, Paris, 7 févr. 2015. Disponível em: <https://www.casilli.fr/2015/02/07/7013/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

COMPIÈGNE, Isabelle. Qui est l'*homo numericus*? In: COMPIÈGNE, Isabelle. **La société numérique en question(s)**. Auxerre: Éditions Sciences Humaines, p. 59-70, 2010.

CONSEIL DE L'EUROPE. **Convention 108**: lignes directrices sur la reconnaissance faciale. Strasbourg: Comité Consultatif de la Convention pour la Protection des Personnes à l'égard du Traitement Automatisés des Données à Caractère Personnel, 28 janv. 2021. Disponível em: <https://rm.coe.int/lignes-directrices-sur-la-reconnaissance-faciale/1680a134f4>. Acesso em: 19 fev. 2021.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho. **Meu Site Jurídico**, São Paulo, 25 set. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

DERBLI, Ludimila Santos. O transplante jurídico do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (*GDPR*) para o Direito brasileiro. **Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação da Câmara dos Deputados**, Brasília, v. 12, n. 30, p. 181-193, set./dez. 2019.

DERIEUX, Emmanuel. Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité. **RLDI/100**, [S. l.], n. 3334, p. 77-89, janv. 2014.

DERIEUX, Emmanuel; GRANCHET, Agnès. **Vie privée et droit à l'image**. Droit des médias. Droit français, européen et international. 6. éd. Paris: LGDJ, Lextenso, 2010.

DESBARATS, Isabelle. Les objets connectés au travail: quelles régulations pour quels enjeux? **Dr. Soc.**, Paris, p. 139, 2021.

DUBOIS, L.; GAULLIER, F. Publicité ciblée en ligne, protection des données à caractère personnel et ePrivacy: un ménage à trois délicats. **Légicom**, Paris, n. 59, p. 69-102, 2017.

DUHIGG, Charles. How Companies Learn Your Secrets. **The New York Times**, New York, NY, 16 Feb. 2012. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?_r=1&hp=&pagewanted=all. Acesso em: 14 fev. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. Data Protection Working Party, WP 249. Opinion 2/2017 on data processing at work (§ 6.2). **Newsroom**, Brussels, 8 June 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610169. Acesso em: 6 fev. 2021.

FINCATO, Denise; FRANK, Marina Silveira. *Bring Your Own Device (BYOD)* e suas implicações na relação de emprego: reflexões práticas. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 9, n. 89, p. 66-82, jun. 2020.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Brasileiro**, Florianópolis, v. 9, n. 23, p. 284-301, maio/ago. 2019.

GOULART, Guilherme Damasio. Limites do *BYOD*: entre o poder do empregador e a proteção dos direitos da personalidade do empregado. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 40, n. 159, p. 71-86, set./out. 2014.

GOUTTENOIRE, Abel. Le régime du contrôle du télétravailleur par la donnée. À propos des questions/réponses de la CNIL sur le télétravail du 12 novembre 2020. **RDT**, Paris, n. 2, p. 88-97, 2021.

GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehlke. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. **Rev. Relações Internacionais no mundo atual**, Curitiba, v. 2, n. 27, p. 1-17, 2020.

JOE, Ryan. The Great DMP Debate. **AdExchanger**, Rockville, MD, 23 Jan. 2014. Disponível em: <https://www.adexchanger.com/data-exchanges/the-great-dmp-debate/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

L'ACCÈS aux locaux et le contrôle des horaires sur le lieu de travail. **Cnil**, Paris, 25 juil. 2018. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/laces-aux-locaux-et-le-controle-des-horaires-sur-le-lieu-de-travail>. Acesso em: 15 fev. 2021.

LA VIDÉOSURVEILLANCE: vidéoprotection au travail. **Cnil**, Paris, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/la-videosurveillance-vidioprotection-au-travail>. Acesso em: 15 fev. 2021.

LE MOINE, L. Intimité et vie privée du travailleur connecté: 'BYOD', capteurs, sécurité des données dans l'entreprise numérique. **La lettre innovation et prospective de la CNIL**, n. 7, juin 2014.

MARSHALL, Jack. What is a Data Management Platform, or DMP? **Digiday**, New York, NY, 15 Jan. 2014. Disponível em: <https://digiday.com/media/what-is-a-dmp-data-management-platform/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. **Direito Unifacs: debate virtual**, Salvador, n. 239, p. 1-42, maio 2020.

PARLEMENT EUROPÉEN; CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE. Règlement Général sur la Protection des Données. **Cnil**, Paris, 23 mai 2018. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees>.

PELLEGRINI, François. Sécurité et hygiène numérique des professionnels. **Dalloz IP/IT**, Paris, p. 233, 2019.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. **Instituto Trabalho em Debate**, Salvador, 1º out. 2020. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 10 fev. 2021.

RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de proteção de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019.

RÉFÉRENTIEL. **Cnil**, Paris, 18 juil. 2019 [Adopté]. Disponível em: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel-grh.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

REIS, Beatriz de Felipe. A cultura de *compliance* em matéria de proteção de dados e sua adoção no âmbito laboral. **Revista de direito do trabalho e seguridade social**, São Paulo, v. 46, n. 214, p. 323-340, nov./dez. 2020.

RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno do *RGPD*, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). **Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 42, p. 219-249, jan./jun. 2020.

RUARO, Regina Linden; GLITZ, Gabriela Pandolfo Coelho. Panorama geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil e a inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu. **Revista de Estudos e Pesquisas**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 340-356, jul./dez. 2019.

SOUSA, Duarte Abrunhosa e; GONÇALVES, Rui Coimbra. Da necessidade de conservação de dados pessoais dos trabalhadores no período pós-contratual. **Revista de direito do trabalho e seguridade social**, São Paulo, v. 46, n. 212, p. 119-145, jul./ago. 2020.

TEYSSIÉ, B. (Dir.). **La communication numérique, un droit, des droits**. Paris: Panthéon-Assas, 2013.

O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL COMO OFENSA AO TRABALHO DECENTE

THE INTERMITTENT WORK IN BRAZIL AS AN OFFENSE TO DECENT WORK

D'OLIVEIRA, Alan Churchil*

Resumo: Este estudo analisará a modalidade de relação de emprego introduzida pela Lei n. 13.467/2017 na legislação trabalhista brasileira: o **trabalho intermitente**. O objetivo é analisar essa figura e seus reflexos nas relações sociolaborais. A hipótese é que houve uma precarização da atividade laboral ao se dificultar a efetivação do trabalho decente pelo desrespeito a direitos e garantias trabalhistas, sobretudo os que se referem à remuneração e duração da jornada de trabalho. Assim, a partir de entendimentos especializados da área trabalhista, principalmente da Organização Internacional do Trabalho, propõe-se a inconstitucionalidade dos artigos introduzidos pela reforma trabalhista que regulam o trabalho intermitente na Consolidação das Leis do Trabalho. A partir de uma metodologia dialética, sistemática e dedutiva, abordou-se o tema por uma análise interdisciplinar da Ciência do Direito.

Palavras-chave: Trabalho intermitente. Trabalho decente. Reforma trabalhista.

Abstract: This study will analyze the type of employment relationship introduced by Law n. 13.467/2017 in Brazilian labor legislation: the intermittent work. The objective here is to analyze this figure and its reflexes in socio-labor relations. The hypothesis is that there was a precariousness of the work activity, making it difficult to carry out decent work due to disrespect for labor rights and guarantees, especially those related to pay and working hours. Thus, based on specialized

*Advogado Trabalhista. Sócio-proprietário em Alan Churchil Advogado. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Aprovação PGE-SP. Bacharel em Direito pela Faculdade Prof. Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia UFU-MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7020261985094313>. Contato: churchiladv@gmail.com.

understandings of the labor area, mainly of the International Labour Organization, it is proposed that the articles introduced by the labor reform that regulate intermittent work in the Consolidation of Labor Laws are unconstitutional. From a dialectic, systematic and deductive methodology, the theme was approached by an interdisciplinary analysis of the Science of Law.

Keywords: Intermittent work. Decent work. Labor reform.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem o intuito de denunciar a precarização da atividade laboral brasileira frente à Lei n. 13.467/2017, em especial pela introdução da nova figura jurídica de relação laboral inserida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): o **trabalho intermitente**.

Buscou-se entender o que é o trabalho decente apregoado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e como o trabalho intermitente ofende tal preceito.

Por se tratar de modalidade de trabalho ainda não existente na legislação brasileira até a edição da reforma trabalhista, usou-se do direito comparado para entender o conceito e a regulamentação do trabalho intermitente, fazendo um paralelo com a Lei n. 13.467/2017.

Por fim, propõe-se a inconstitucionalidade dos artigos que dizem respeito a essa nova figura na CLT, a partir de entendimentos especializados da área trabalhista, especialmente da OIT.

Desse modo, a partir dos métodos dialético, sistemático e dedutivo, observou-se como o trabalho intermitente afronta os preceitos do trabalho digno, a partir da abordagem interdisciplinar de algumas áreas da Ciência do Direito, tais como: o Direito Constitucional, o Direito do Trabalho, o Direito Internacional do Trabalho e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como de Ciências afins como a Economia do Trabalho.

Porém, não se buscou exaurir os questionamentos porventura oriundos da temática ora analisada, mas se almejou contribuir com as discussões acerca da realidade trabalhista brasileira.

2 A CONCEPÇÃO DE TRABALHO DIGNO/DECENTE A PARTIR DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

Para se entender a formalização do conceito de trabalho decente e de sua proteção, é preciso conhecer o histórico da criação da

Organização Internacional do Trabalho (OIT), competindo a tal órgão o estabelecimento e a disciplina das normas internacionais do trabalho, tendo apoio e reconhecimento universal na promoção dos princípios de valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa trabalhadora.

Seu surgimento, como parte do Tratado de Versalhes, em 1919, ocorre após as atrocidades resultantes da Primeira Guerra Mundial, como meio de alcançar a paz e a justiça social, nascendo como um órgão protetor do trabalho humano, protegendo a dignidade humana da pessoa do trabalhador.

Em sua implementação, adotou-se uma postura de proteção mínima dos empregados decorrente da relação trabalhista, resguardando, em especial, a luta contra o desemprego. Criou-se, então, o compromisso de implementação e fiscalização da manutenção da paz mundial por meio da celebração da justiça social, ganhando ainda mais força com a Declaração de Filadélfia, de 1944, que culminou na criação da Constituição da OIT, viabilizando, ainda, a criação da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, instituiu-se:

[...] que o trabalho deve ser fonte de dignidade, que o trabalho não é uma mercadoria, que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos e que todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem-estar material em condições de liberdade, dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018).

Esse posicionamento provém principalmente dos acontecimentos decorrentes da Revolução Industrial, que instigou pensadores das mais diversas áreas. Destacam-se a filosofia marxista, que critica o modo de desenvolvimento da sociedade capitalista baseada na exploração da classe trabalhadora, sendo necessária verdadeira revolução sistêmica, e a teorização kantiana, demonstrando que, por sua racionalidade distintiva dos outros animais, o homem não pode ser tratado como “objeto”, devendo ser considerado em si mesmo, respeitadas sua autonomia de vontade e dignidade.

Tais teorias convergem na necessidade da existência digna, sendo o meio para seu alcance a valorização do homem e, logo, de seu trabalho, uma vez que este é responsável pela socialização do ser humano, esquivando-se de uma regulamentação meramente mercantil das relações de trabalho:

O trabalho digno e produtivo está intimamente associado, na cultura moderna, à própria ideia de

desenvolvimento humano, em razão de seu significado na trajetória de grupos e indivíduos, na geração de riqueza material e no progresso das nações. Tal associação é de tal modo intensa, que o trabalho passa comumente a identificar as pessoas na trama social, da mesma forma que os países no quadro das relações internacionais. (CONFERÊNCIA NACIONAL DE EMPREGO E TRABALHO DECENTE, 2012, p. 7).

Dessa forma, o trabalho decente tem papel essencial no combate à pobreza, desigualdade, fome e exclusão social, melhorando o modo de vida da sociedade.

3 O COMPROMISSO BRASILEIRO COM A IMPLEMENTAÇÃO DO TRABALHO DECENTE

Formalmente, perante a OIT, em 2003 o Brasil firmou o compromisso de promoção ao trabalho digno com o **Memorando de Entendimento**, buscando construir uma efetiva **Agenda do Trabalho Decente**, lançada em 2006, tendo como uma de suas principais prioridades a geração de mais e **melhores empregos**.

Esse objetivo foi renovado ao longo do tempo, com o lançamento do **Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente** (2011), a **Agenda Nacional do Trabalho Decente para a Juventude** (2011) e, por fim, a **Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente** (2012), a qual instituiu a negociação coletiva, a valorização do salário-mínimo e a saúde e segurança do trabalho como princípios e direitos que precisam de tutela imediata.

Contudo, antes de firmar este acordo internacional, o Brasil já previa em seu ordenamento jurídico a proteção da dignidade do trabalhador.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, a primeira codificação a tratar de questões trabalhistas, trouxe em seus primeiros artigos uma gama de princípios, tais como o princípio da proteção¹, basilar ao Direito do Trabalho, visando garantir o trabalho decente

¹O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se em um propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no Direito Comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 35-36).

ao conceder uma superioridade jurídica ao empregado frente ao poderio econômico do empregador, pois faticamente se observa uma desigualdade entre ambos.

Esses princípios ganharam ainda mais abrangência com a Constituição Federal de 1988. No primeiro título da Carta Magna brasileira é possível observar a preocupação com a dignidade da pessoa humana, sendo o princípio fundamental que se coaduna com os objetivos de garantir o desenvolvimento social e erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Em seu art. 6º, a Constituição previu o trabalho como direito social. Em seguida, no art. 7º, o texto constitucional elencou rol exemplificativo de direitos sociais fundamentais aos trabalhadores, visando à melhoria da sua condição social, dentre eles:

a) a proteção ao salário-mínimo, devendo este ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, proporcionando, assim, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo;

b) a garantia de décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado e férias anuais remuneradas.

Por fim, no **título que trata da ordem econômica e financeira**, a *lex mater*, em seu art. 170, prevê que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano, devendo assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se, assim, uma consonância com os objetivos primários da OIT.

Reiterando o entendimento constitucional, Brito Filho (2016) enumera alguns direitos individuais para o alcance do trabalho decente, tais como: o **direito a uma justa remuneração** e o direito a justas condições de trabalho, que reflitam na limitação de jornadas de trabalho e na presença de períodos de repouso entre elas. Além desses dois, o **acesso à segurança social** tem grande importância na preservação do trabalhador dos riscos sociais e do desemprego.

Entretanto, infelizmente, em razão da atual conjuntura política brasileira, o compromisso do país com a **Agenda de Trabalho Decente** se mostra drasticamente rompido, como se evidencia com a regulamentação do trabalho intermitente na norma consolidada.

4 TRABALHO INTERMITENTE: conceito, direito comparado e a Lei n. 13.467/2017

O trabalho intermitente é aquele que prevê uma jornada móvel e variável, com alternância entre períodos de prestação de serviço

e períodos de inatividade, sendo “[...] organizada por hora de trabalho e com pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas” (CORREIA, 2021, p. 593).

Para compreender essa nova modalidade de relação de emprego, é inevitável a análise do direito comparado², em especial pelo fato de o trabalho intermitente nunca antes ter sido regulado no Brasil. Essa nova modalidade de contratação laboral foi, supostamente, espelhada nas práticas da Itália, de Portugal e dos Estados Unidos, em especial pela fictícia similaridade de hábitos e padrões de consumo das populações desses países com o Brasil³.

Em Portugal, pela Lei n. 7/2009, criou-se a remuneração do trabalho intermitente. Caso o empregado não seja convocado para prestar o serviço (trata-se de uma das características dessa modalidade de contrato, uma vez que não há continuidade), ele será “compensado” pelo tempo de inatividade no valor de, no mínimo, 20% do salário pago normalmente pelo empregador. Além disso, fica resguardado que esse regime contratual não seja aplicado a toda e qualquer atividade, sendo possível apenas naquelas que tenham como característica a descontinuidade ou a intensidade variável, tais como os serviços de hotelaria.

Já a experiência italiana (*Legge Biagi*, de 2003) segue os mesmos moldes da portuguesa em relação ao resguardo do salário mediante a compensação em caso de inatividade, e a restrição de setores nos quais se possa adotar o trabalho intermitente, além de impor o requisito de idade para aqueles que não podem se submeter a esse tipo de contratação, ou seja, os menores de 25 anos e maiores de 55 anos.

Ademais, a lei italiana reitera a importância da negociação coletiva e da participação do Ministério do Trabalho nas relações trabalhistas, uma vez que a contratação do trabalhador intermitente apenas poderá ser feita por meio de acordo coletivo de trabalho ou passando pelo crivo de tal Ministério.

Por fim, na ordem jurídica estadunidense as cautelas salariais também estão presentes, em consonância com *The Fair Labor Standards Act*, de 1938. O critério de supletividade permanece, segundo o qual os trabalhadores intermitentes só serão chamados se houver necessidade de demanda. Todavia, esses trabalhadores ficam à disposição da empresa em locais próximos a ela e/ou indicados por ela para que atendam às suas necessidades.

²A análise da experiência alienígena sobre o trabalho intermitente está baseada na obra de Francisco Gérson Marques de Lima (2017).

³Os projetos de lei que diziam respeito à introdução do trabalho intermitente na legislação trabalhista traziam em seus relatórios, como justificativa para a instauração dessa modalidade de emprego, sua existência em países estrangeiros e a suposta similaridade do Brasil com esses países (PL n. 3.785/2012).

Mesmo no caso de eventualmente não ser chamado para atender a alguma demanda no dia, em alguns Estados o trabalhador recebe uma remuneração mínima, adequada ao valor do salário-mínimo da região.

Além disso, cabe destacar a existência de um Departamento de Trabalho que fiscaliza as empresas, protegendo o trabalhador intermitente da sub-remuneração ou da falta de remuneração, além de práticas abusivas que possam ser realizadas pelos empregadores.

No Brasil, o trabalho intermitente foi implementado e regulamentado pela Lei n. 13.467/2017, justificando-se pela necessidade de modernização das relações trabalhistas para o combate ao desemprego⁴, e consequente aumento dos postos de trabalho e do emprego formal. Contudo, o trabalho intermitente, com as devidas modificações oriundas da Medida Provisória (MP) n. 808/2017⁵, não abarcou nenhuma das proteções acima mencionadas que são observadas nos outros países.

O § 3º do art. 443 previu e o art. 452-A disciplinou o trabalho intermitente. Conforme a CLT, considera-se como intermitente:

[...] o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 2017).

Deste conceito é possível depreender, de imediato, uma diferença com a normatização estrangeira: a possibilidade de implementação do contrato intermitente em qualquer atividade laborativa, exceto para os aeronautas. Além disso, algumas outras características são de importante menção, como:

a) a possibilidade de não se acordar, *a priori*, a jornada de trabalho no momento da contratação. Logo, apenas quando a empresa contratante entrar em contato com o empregado é que ele terá ciência do dia de trabalho;

b) a possibilidade de contratação para o comparecimento apenas nos horários estipulados pelo empregador, fazendo com que a jornada possa ser dividida em vários turnos de poucas horas (art. 452-A, § 1º, CLT);

⁴Tais justificativas estão presentes no parecer da Comissão Especial do Projeto de Lei n. 6.787/2016 (que culminou na Reforma Trabalhista).

⁵A MP n. 808/2017 perdeu sua vigência em 23 de abril de 2018. Contudo, em 23 de maio do mesmo ano o extinto Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria n. 349/2018 (Ministério da Economia, Secretaria de Trabalho), que está em vigência até hoje, regulamentando as mesmas questões trazidas pela MP caducada.

c) o período de inatividade do trabalhador não é considerado tempo à disposição do empregador, de modo que ele pode prestar serviços a outros contratantes (art. 452, § 5º, CLT);

d) o pagamento de imediato, após a prestação de serviços, das parcelas devidas relativas à remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais (art. 452-A, § 6º, CLT), e

e) o empregador não é obrigado ao pagamento de um salário-mínimo mensal - em 2021, R\$ 1.100,00 -, podendo pagar o valor proporcional ao mínimo da hora, equivalente a R\$ 5,00, ou ao valor diário de R\$ 36,67 (art. 452-A, *caput*, CLT).

Verifica-se, portanto, que o trabalho intermitente regulado na CLT não apresenta as mesmas garantias previstas na legislação estrangeira, sendo mais gravoso ao trabalhador, afrontando os preceitos do trabalho decente apregoados pela OIT e pela Constituição brasileira.

5 O TRABALHO INTERMITENTE E A OFENSA AOS PRECEITOS DO TRABALHO DECENTE

Em 2005, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), no julgamento do Recurso de Revista n. 9891900-16.2005.5.09.0004, reconheceu a ilegalidade de uma cláusula de jornada móvel e variável implementada pelo McDonald's nos contratos de seus empregados, na qual eles, independentemente do tempo que ficassem à disposição do empregador, só receberiam pelas horas efetivamente trabalhadas⁶.

Prática comum nas redes de *fast food*, o TST decidiu por sua ilegalidade, pois tal cláusula foi considerada prejudicial ao trabalhador, uma vez que o empregador poderia desfrutar da mão de obra do empregado

⁶EMENTA: RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, *caput*, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT". (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2011).

quando bem entendesse, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir os maiores lucros.

Além de transferir o risco da atividade econômica aos empregados, essa cláusula contratual fazia com que eles ficassem sujeitos ao pleno arbítrio do empregador na execução da jornada de trabalho e, conseqüentemente, no recebimento do salário, trazendo-lhes insegurança financeira ao não poderem programar a vida com a incerteza dos horários de trabalho e da remuneração mensal.

Infelizmente, em 2015, ao reanalisar a decisão, o TST entendeu pela possibilidade de tal contratação pelo McDonald's, tendo esse entendimento como sustentação o item I da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 358 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais do tribunal⁷.

Assim, é possível observar várias ofensas ao trabalho decente, principalmente pela imprevisibilidade quanto à possibilidade do trabalhador, como ser humano, poder subsistir em sociedade e garantir o sustento de sua família por meio da venda de sua força de trabalho, afetando, inclusive, sua integridade física e psíquica.

Em relação à política remuneratória imposta pelo trabalho intermitente, o trabalhador pode não chegar a receber o salário-mínimo mensal constitucional, atualmente no valor de R\$ 1.100,00. Isso gera uma situação de subemprego, pelos baixos salários e instabilidade remuneratória, uma vez que não há a garantia de renda mínima ou de haver alguma renda, diferentemente da experiência internacional.

Considerando que o salário-mínimo mensal (que já se encontra aquém das reais necessidades da população⁸) deveria garantir o acesso às necessidades vitais básicas individuais, tais como alimentação, moradia, saúde e educação, o trabalho intermitente rebaixa ainda mais a dignidade do trabalhador como ser humano, pois não garante efetivamente tal acesso, tendo o empregado que "escolher" quais direitos poderá usufruir por meio de sua remuneração.

Sem uma remuneração fixa mensal, não há certeza sobre os valores pagos relativos a décimo terceiro salário e férias remuneradas. Ademais, por meio do parcelamento instituído pela MP n. 808/2017 e continuado pela Portaria n. 349/2018, somado ao baixo salário percebido e ao pagamento dessas parcelas ao final de cada período de prestação,

⁷"SALÁRIO-MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO. I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário-mínimo proporcional ao tempo trabalhado [...]". (BRASIL, 2016a).

⁸De acordo com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE (2021), o salário-mínimo necessário, conforme o Decreto-Lei n. 399/1938, considerando a Cesta Básica de Alimentos desse decreto, deveria ser, em janeiro de 2021, R\$ 5.495,52.

o empregado não receberá nada no momento de fruição efetiva de suas férias como os outros trabalhadores.

Tal imprevisibilidade salarial é seguida de uma aleatoriedade quanto à jornada de trabalho. Não há previsão regular da jornada, nem da quantidade de horas a serem trabalhadas, seja diária, semanal ou mensalmente, não havendo estipulação prévia do momento de entrada e saída do empregado ao labor.

Somada a isso, pode haver a extinção dos descansos inter e intrajornada, pois ao trabalhar em turnos distintos no mesmo dia, não haverá remuneração no período de inatividade. Assim, os trabalhadores intermitentes não terão, efetivamente, possibilidade de ter outro emprego ou realizar outras atividades, uma vez que nunca terão certeza de sua jornada de trabalho, não podendo firmar outros compromissos de cunho empregatício.

Ademais, no período de inatividade, além de não haver recebimento de salário, conseqüentemente não havendo prestação de serviços, não haverá também a contagem de tempo de serviço para fins previdenciários.

Isso faz crescer a tendência de contratos precários, instáveis, descontínuos, de curta duração e de tempo parcial⁹. O contrato se torna um objeto à disposição do contratante, havendo uma verdadeira transferência dos riscos da atividade econômica das mãos deste.

No tocante à Previdência Social, o empregado poderá ter que pagar do seu bolso caso queira desfrutar de uma aposentadoria no futuro, ou de outros benefícios previdenciários como o auxílio-doença.

A contribuição mínima exigida pela Previdência Social é de 8% do piso previdenciário, sendo este o valor de um salário-mínimo. Em razão do pagamento do salário do trabalhador intermitente poder ser menor do que o salário-mínimo, apesar do recolhimento direto da folha feito pelo empregador, o empregado terá que contribuir para a previdência com um valor adicional para atingir o valor do piso, caso queira receber benefícios previdenciários futuros.

Some-se isso a falta de adequada discussão com a sociedade civil sobre as propostas da reforma trabalhista, pois sua aprovação se

⁹A partir da redação do § 3º do art. 443 da CLT, criou-se uma nova modalidade contratual com disciplina jurídica própria, que não se enquadra na classificação de contrato por prazo determinado ou indeterminado, uma vez que guarda características de ambos. Não há fixação de um termo final, mas ele é marcado por períodos de inatividade (o que pode configurar suspensão do contrato de trabalho, pois não há trabalho, não há remuneração e nem cômputo de tempo de serviço) e prestação de serviços, sendo essa prestação feita em período determinado: "O que diferencia o contrato de trabalho padrão por prazo indeterminado do contrato de trabalho intermitente não é a presença do requisito de continuidade, mas sim a alternância de períodos de prestação de serviço e inatividade, somente presentes nestes últimos". (CORREIA; MIESSA, 2017, p. 327).

realizou em um **processo legislativo relâmpago**, sem o aprofundamento dos debates acerca das alterações na legislação trabalhista, infringindo o exercício de uma cidadania inclusiva e participativa resguardada pela Constituição Federal Pátria.

Portanto, o trabalho intermitente também está em dissonância com os preceitos da declaração da OIT em relação à valorização da negociação coletiva.

6 CONCLUSÃO

A partir da construção da proteção ao trabalho digno ao longo de dois séculos, foi possível perceber a importância de se compreender o princípio da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos.

No Brasil, por alguns anos buscou-se a integração da proteção do trabalho no meio jurídico e social, almejando atingir o pleno emprego, firmando acordos internacionais e constitucionalizando princípios tutelares do Direito do Trabalho.

Entretanto, mudanças governamentais e legislativas recentes, como a reforma trabalhista e a instituição do trabalho intermitente, destoantes da experiência internacional¹⁰, dos preceitos da OIT e da ordem constitucional, ferem os direitos do trabalhador, assumindo caráter inconstitucional¹¹.

Nos dias 9 e 10 de outubro de 2017 foi realizada a **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**, com participação de vários operadores do direito, representando os mais diversos segmentos da área jurídica, para se discutir a Lei n. 13.467/2017, sendo emitidos pareceres técnicos sobre a “reforma” trabalhista.

Na **Comissão 6**, denominada “Teletrabalho. Contrato de Trabalho Intermitente. Contrato de Trabalho a Tempo Parcial. Terceirização”, o Enunciado 4 aponta a inconstitucionalidade do trabalho intermitente na seguinte ementa:

É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT por

¹⁰“Nos países da Europa em que tal modalidade de contrato precário foi chancelada não houve aumento dos postos de trabalho. De acordo com Souto Maior, o que houve foi a redução da remuneração, aumento da rotatividade e uma sensação de insegurança que impede o consumo e a programação da vida, fazendo com que os trabalhadores não se arrisquem, por exemplo, na aquisição da própria casa”. (PINHEIRO, 2017, p. 140).

¹¹“[...] tramitam no âmbito do STF as ADI 6154, 5826 e 5829, que questionam a constitucionalidade dos art. 443, § 3º, e 452-A da CLT por violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho”. (CORREIA, 2021, p. 597).

violação do art. 7º, I e II, da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração de trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas. (JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2017).

Na mesma Comissão, o Enunciado 5 trouxe a necessidade de proteção ao salário-mínimo, prevendo que:

[...] a proteção jurídica do salário-mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em Regime de Trabalho Intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário-mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional. (JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2017).

Tal inconstitucionalidade vai além de uma discussão jurídica e teórica. A proposta de geração de cerca de 10 milhões de empregos em 10 anos (uma média de 1 milhão por ano) é uma falácia ilusória que se encontra muito distante da realidade, observado o número de empregos gerados pelo trabalho intermitente em 2018 (71.456) e 2019 (155.422), que correspondem a aproximadamente 0,46% e 0,96%, respectivamente, do total de carteiras assinadas. A renda média mensal destes foi de R\$ 627,00, considerando ainda que 22% dos empregos gerados em 2019 na modalidade intermitente não geraram renda alguma aos trabalhadores¹².

Logo, a implementação do trabalho intermitente não se adequa à realidade social brasileira. Utiliza-se a justificativa de modernização e aumento de trabalhadores com vínculo formal, a fim de manter os trabalhadores alienados da realidade em que vivem, pois, de fato, está ocorrendo o desmonte dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o trabalho intermitente tão somente acentua as mazelas já presentes na sociedade, gerando subempregos incapazes de viabilizar a concretização do direito humano e fundamental ao trabalho decente, apregoado, em nível mundial, nas convenções e declarações internacionais da OIT.

¹²Dados obtidos pela publicação do **Boletim Emprego em Pauta**, do DIEESE, de dezembro de 2020.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que “altera o Decreto-Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”.

Proposições. Brasília, 2016b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 218, de 2016.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para instituir o contrato de trabalho intermitente. Brasília, 2016c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125941>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial da SDI-1, n. 358. **DEJT**, Brasília, 19 fev. 2016a. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_341.htm.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE EMPREGO E TRABALHO DECENTE CNETD, 1., 2012, Brasília. **Texto subsídio**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, [entre 2012 e 2018]. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/textosubsidio.pdf. Acesso em: 7 jan. 2018.

CORREIA, Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da reforma trabalhista: Lei 13.467/2017. O que mudou?** Salvador: Juspodivm, 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS DIEESE. **Pesquisa nacional da cesta básica de alimentos: salário-mínimo nominal e necessário**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasicasalarioMinimo.html>. Acesso em: 22 fev. 2021.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS DIEESE. **Boletim Emprego em Pauta**, São Paulo, n. 17, dez. 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmPauta17.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Trabalho Intermitente. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2., 2017, Brasília. **Enunciados aprovados**. Brasília: Anamatra, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp>. Acesso em: 13 nov. 2017.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Trabalho Intermitente. Audiência Pública. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 21 mar. 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista>. Acesso em: 7 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. História da OIT. **OIT Brasília**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 7 jan. 2018.

PINHEIRO, Iuri Pereira. Contrato de trabalho intermitente. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio e Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Secretaria de Comunicação Social. Notícias. Jornada móvel e varável adotada pelo McDonalds é ilegal. **Jusbrasil**, Salvador, 3 mar. 2011. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/noticias/2591931/jornada-movel-e-variavel-adotada-pelo-mcdonalds-e-ilegal>. Acesso em: 13 nov. 2017.

ZWICKER, Igor de Oliveira. O contrato de trabalho intermitente e seus impactos para o mundo do trabalho. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMITAÇÕES AOS EFEITOS DA TRANSAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA

LIMITATIONS ON THE EFFECTS OF THE TRANSACTION ON THE LABOR SPHERE

FERREIRA, Marcelo Carlos*

MELO, Saulo Martins de**

Resumo: O artigo busca oferecer uma reflexão sobre os limites objetivos dos instrumentos de transação em seara trabalhista, tanto de natureza judicial, como de natureza extrajudicial, abordando o papel destas ferramentas na efetivação dos direitos trabalhistas, destacando o papel do magistrado como curador de um conteúdo mínimo de patamar constitucional e, portanto, fundamental, em face das investidas precarizantes de uma falsa sensação de produtividade em detrimento da real solução da lide, apresentando uma abordagem doutrinária e jurisprudencial acerca do mote.

Palavras-chave: Transação judicial. Transação extrajudicial. Limites.

Abstract: The article seeks to offer a reflection on the objective boundaries of negotiation instruments in the field of labor justice, both judicial and extrajudicial, addressing the role of these tools in the enforcement of labor rights, highlighting the role of the magistrate as curator of a minimum

*Juiz do Trabalho do TRT da 15ª Região, Campinas-SP, Titular da Vara do Trabalho de Salto-SP. Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC Campinas (1991). Pós-Graduação "Lato Sensu". Especialização em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura - EPM (2007).

**Assessor de Juiz do TRT da 15ª Região, Campinas-SP. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (2014), com menção honrosa. Pós-Graduação "Lato Sensu". Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Verbo Jurídico (2020).

constitutional and, therefore, fundamental content, given the precarious attacks of a false sense of productivity in detriment to the real solution of the dispute, presenting a doctrinal and jurisprudential approach to the theme.

Keywords: Judicial negotiation. Extrajudicial negotiation. Boundaries.

1 INTRODUÇÃO

Temos observado uma ampla valorização da transação, tanto judicial como extrajudicial, como meio de solução dos conflitos trabalhistas.

Daí que o nosso objetivo aqui, longe de buscar inverter esta salutar tendência, será o de abordar os possíveis limites dos efeitos das homologações das conciliações apresentadas ao juízo especializado laboral e seus impactos sociais e econômicos, considerando a natureza jurídica dos bens transacionados.

2 A EXUBERANTE LITIGIOSIDADE E A VIA NEGOCIAL

Diante da expressiva elevação do índice de ajuizamentos de ações judiciais, observada particularmente após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário se viu com altas taxas de congestionamento processual. Implementaram-se um sem-número de reformas legais e mesmo alguma ampliação estrutural; criou-se e instalou-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, dentre outras atribuições, passou a desenvolver meios de ampla apuração de dados com elaborações estatísticas e, inclusive, a estabelecer metas de controle e gestão operacional, buscando o implemento de estratégias para se lidar com as fontes dos gargalos apurados.

Não obstante, nem tudo surtiu o efeito esperado, exigindo, dentre outras estratégias, um retorno para um olhar mais atento às possíveis soluções conciliadas.

Especialmente para nós, operadores em seara trabalhista, nem se permite considerar que esta maior atenção tenha representado novidade, valendo lembrar que o texto celetista é expresso ao estabelecer que os “dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho **serão sempre** sujeitos à conciliação” (art. 764), devendo os juízes e Tribunais do Trabalho empregar “**sempre** os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos” (art. 764, § 1º) (BRASIL, 1943) (grifo nosso).

Até porque é difundida a expressão de que não se desconhecem as vantagens de um acordo razoável em detrimento mesmo de uma boa demanda. E o que dizer então quando o objeto em litígio envolve, no mais das vezes, verbas de natureza alimentar. A conciliação permite maior sensibilidade por parte daqueles que estiveram envolvidos na relação fática, com o bem da vida que os aproximou e permeou suas existências. Ademais, foca naquilo que lhes parece mais relevante e que, no mais das vezes, sabem ser o ponto chave da discórdia e/ou para a solução. Abre portas para um rápido acerto de contas, livre de todo o desgaste (de tempo e recursos), inclusive de ordem emocional, envolvido com a tramitação e instrução de um processo judicial. Mesmo porque, muitas vezes a ação foi ajuizada até mesmo precocemente, sem que se tivessem buscado e esgotado as alternativas de solução do conflito sem mais delongas.

Outrossim, como destacado, sabemos que o abuso na litigiosidade leva a uma sobrecarga do Judiciário, exigindo do Estado o dispêndio de grandes recursos, além de colaborar para um maior atraso na tramitação dos feitos, em prejuízo daqueles casos que, de fato, não se verificaram favorecidos por uma solução conciliada, seja em razão de seu expressivo alcance, ou acentuada divergência normativa e jurisprudencial, ou mesmo pelo alterado estado de ânimo dos envolvidos.

3 OS FINS NÃO JUSTIFICAM OS MEIOS

Não obstante, não se afigura razoável a busca e o favorecimento de qualquer espécie de acordo. Um encaminhamento conciliado, de fato, pode apaziguar uma discórdia. Contudo, mal elaborado, desproporcional, ou mesmo se valendo de um contexto favorável a implicações exacerbadas configura situação de desequilíbrio e atrai o inconformismo, deixando de resolver a situação questionada para gerar um sentimento de verdadeira injustiça, retroalimentando um sistema falho, o que além de não ser desejoso, mantém desestabilizadas as relações sociais.

Diante de intenções sérias e legítimas, todo trato há de se pautar pela fixação do seu objeto, delimitação de probabilidades e riscos.

Cabe trazer a lume o que desde muito se consideram como elementos que compõem uma válida estruturação dogmática neste particular.

Da lavra de Süsserkind, um dos responsáveis pelo texto celetista, extrai-se citação aos eminentes doutrinadores **Dorval Lacerda** e **Paolo Greco**, conceituando **transação** como “um ato jurídico pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas” e, mais, que esta, portanto, pressupõe uma incerteza do

ponto de vista subjetivo sob o direito ou situação jurídica, ou seja, uma *res dubia*, além de ato explícito, embora de interpretação restritiva. Com efeito,

[...] em virtude dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, a renúncia e a transação de direitos devem ser admitidos como exceção. Por isto mesmo, não se deve falar em renúncia ou em transação tacitamente manifestadas, nem interpretar extensivamente o ato pelo qual o trabalhador se despoja de direitos que lhe são assegurados ou transaciona sobre os mesmos. (SÜSSEKIND *et al.*, 1994, p. 201-205).

Assim é que do próprio correlato preceito celetista (art. 764, em seu § 3º), extrai-se ser lícito “às partes, celebrar acordo que ponha termo **ao processo**” (BRASIL, 1943) (g. n.), como um dos parâmetros a serem juridicamente observados, ou seja, discutir e buscar a possível conciliação afeta aos limites objetivos da ação.

Não diverso nos diz o direito comum ao prescrever ser “lícito aos interessados prevenirem ou terminarem **o litígio** mediante concessões mútuas” (art. 840) (BRASIL, 2002) (g. n.), denotando implícito tanto o conhecimento acerca do que se discute como o que cada um pode ou aceita ceder.

Interessante que logo adiante, e na mesma linha, o mesmo diploma civil explicita que a “transação interpreta-se **restritivamente**” (art. 843) (BRASIL, 2002) (g. n.), para então sepultar qualquer dúvida a respeito de possível alcance alargado ou indeterminado.

Não diverso o que se permite compreender das disposições do § 2º do art. 515 do Código de Processo Civil (CPC), ao estabelecer que a autocomposição pode envolver relação jurídica não deduzida em juízo, ou seja, aumentada, sem embargo de que também este objeto reste explícito e bem delimitado.

Até porque, somente se reconhece o impedimento para outra postulação daquilo que já fora objeto de ação precedente, quando diante dos institutos processuais da litispendência ou coisa julgada (CPC, art. 485, V), do mesmo modo que ao juiz é vedado decidir para além dos limites propostos pelas partes (CPC, art. 141), devendo o magistrado, inclusive, impedir que o processo sirva para a legitimação de ato simulado ou contrário à lei (CPC, art. 142).

Observemos a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.
PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA

211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 3. **A quitação em instrumentos de transação tem de ser interpretada restritivamente.** [...]. (Recurso Especial 1.027.797-MG, 2008/0025078-1, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 23.2.2011) (g. n.).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO CONFIGURADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **TRANSAÇÃO** EXTRAJUDICIAL INTERESSE DE MENOR. VALIDADE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E ANUÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OBRIGATORIEDADE. CÓDIGO CIVIL, ART. 386. DECLARAÇÃO DE QUITAÇÃO. **INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.** PRECEDENTES. EMBARGOS DESPROVIDOS. I - São indispensáveis a autorização judicial e a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado pelos pais dos menores, em nome deles, para fins de receber indenização por ato ilícito. II - A transação firmada sem observância desses requisitos não impedirá o ajuizamento da ação correspondente, ressalvando-se, no entanto, a dedução, a final, do valor pago no acordo, para evitar o enriquecimento sem causa. III - A jurisprudência deste Tribunal, mesmo nos casos em que não haja interesse de menor, tem decidido que **a declaração de plena e geral quitação deve ser interpretada *modus in rebus*, limitando-se ao valor nela registrado.** Em outras palavras, 'o recibo fornecido pelo lesado deve ser interpretado restritivamente, significando **apenas a quitação dos valores a que refere**, sem obstar a propositura de ação para alcançar a integral reparação dos danos sofridos com o acidente'. (REsp 292974-SP. Embargos de Divergência em Recurso Especial 2001/0098668-0, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1088, Segunda Seção, DJ 15.9.2003, p. 231) (g. n.).

4 SEM LIMITES, SEM SENTIDO

Cumpre recordar que o neoconstitucionalismo, permeado pelos influxos filosóficos do pós-positivismo, contribuiu para entender

a Constituição Federal (CF) como um sistema normativo eficaz e que pretende se ver aplicado de maneira ótima e direta, nas distintas relações que busca regular, espalhando os valores objetivos insculpidos pelo constituinte para todos os âmbitos que lhe possam servir de destino, destacando-se, no presente estudo, o amplo acesso à justiça e o **devido processo legal substancial** (CF/1988, art. 5º, XXXV e LIV).

De se verificar o *status* de direito humano conferido ao **acesso à justiça**, partindo da compreensão da comunidade internacional do esvaziamento que poderia recair sobre outros direitos alcançados sem a estruturação de um sistema capaz de garanti-los e torná-los exigíveis (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 10; PIDCP, art. 14; CADH, art. 8º; Objetivo 16 da Agenda 2030).

Com efeito, a máxima efetividade constitucional destacada pelo texto máximo (CF/1988, art. 5º, § 1º), exige uma releitura do direito fundamental ao **amplo acesso à justiça** para compreendê-lo não apenas como a mera possibilidade de peticionar ao Poder Judiciário a tutela de um determinado direito, mas sim de obter do magistrado uma **resposta que se revele apta, adequada e eficaz** para entregar o bem da vida que ensejou a provocação estatal, compreendendo-se, portanto, que acessar a justiça é dispor de ferramentas e receber um tratamento condizente com a finalidade do direito.

Nessa esteira, a segunda onda renovatória de acesso à justiça, proposta por Mauro **Cappelletti** e Bryant **Garth**, propugna por um direito processual que, superando as amarras anteriores do imanentismo (processo visto como decorrência do direito material) e do autonomismo (processo como instituto independente do direito material), adotasse uma visão **instrumentalista** do direito, abandonando o apego injustificado às fórmulas e privilegiando o efetivo alcance e proteção do direito.

Em passo ainda mais avançado, destaca-se o neoprocessualismo ou formalismo valorativo, responsável pela agregação de valores constitucionais, éticos e morais na releitura do processo que, assim, deve ser responsável pela viabilização do direito material e promoção da própria dignidade da pessoa humana.

E se esta compreensão encontra ampla guarida no âmbito do direito comum, o que dizer então na esfera trabalhista, em que a condição de desequilíbrio de poderes é o que primeiramente justificou a autonomia deste ramo do direito, tendo se tornado evidente a **mitigação da chamada liberdade contratual** ante a desigualdade de forças (econômica e social).

Cabendo lembrar que proteger o mais fraco em uma relação não é privilégio desse ramo, espalhando-se por tantas outras categorias jurídicas (*v. g.* crianças, idosos, consumidores etc.), na esteira do conhecido preceito de **Lacordaire**: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”.

Outrossim, dentre os diversos princípios que fundamentam o Direito do Trabalho, cumpre destacar aqui o da **imperatividade** das normas trabalhistas, bem como o da **indisponibilidade** dos direitos trabalhistas, denotando evidente contingenciamento da liberdade ou, em outras palavras, a **restrição à autonomia da vontade**.

Com efeito, o primeiro nos informa a prevalência de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento daquelas meramente dispositivas. Já o segundo, como espécie de projeção do anterior, traduz-se, na linguagem do Prof. Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 186), na “**inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade**, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”, constituindo-se talvez no “veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego” (g. n.). Para logo mais adiante o mesmo ilustre Ministro de nossa mais alta Corte laboral pontuar que a referida indisponibilidade representa mais que a comumente utilizada expressão irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, na medida que aquela “vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto)”, de sorte que para a “ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador” (DELGADO, 2010, p. 187).

Não diversas, as restrições que se permite extrair como consequência da outorga de **quitação**. Com efeito, nos termos de nosso atual diploma civil, esta “designará o valor e a espécie da dívida quitada” (art. 320) (BRASIL, 2002) e, destarte, o devedor se exonera apenas em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo (cf. reconhece a Súmula n. 330/TST).

Assim já ensinava o saudoso prof. Wagner D. Giglio (1997, p. 67):

Com a liberação do devedor limitada ao montante efetivamente pago, a estabilidade das relações sociais fica assegurada: a quantia quitada não pode ser repetida. Pretender que nenhuma outra quantia pudesse vir a ser reivindicada seria exagerar o valor daquela estabilidade, em detrimento da justiça, o que não condiz nem com as finalidades do Direito do Trabalho, nem com as do Direito Civil.

5 PILARES DA RESISTÊNCIA. ESFERA EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL

De modo que se exige do magistrado, de regra, **resistir** ao acolhimento sem reservas da chamada **ampla eficácia liberatória**, quantas

vezes representada pela expressão de outorga de quitação ao extinto contrato de trabalho (Súmula n. 418/TST), tão largamente utilizada em manifestações daqueles envolvidos em conciliações trabalhistas.

Até porque, mesmo no caso de prevalência dessa cláusula, a mesma não poderia ser entendida de outra forma que não **restrita aos valores pagos e parcelas discriminadas** e, quando muito, alcançando pelo possível efeito derivado de legítima transação, o **objeto da ação**, mas nada além disso, razão de nossa sincera expectativa de superação do entendimento diverso, por vezes externado por tribunais laborais (Orientação Jurisprudencial n. 132, SDI-II/TST), em confronto com a extensão da indisponibilidade subjacente a diversos dispositivos celetistas (*v. g.* arts. 9º, 444 e 468), e mesmo em contradição com a orientação que se extrai dos posicionamentos consolidados em expressivos julgados de seus pares envolvendo matéria de alcance análogo (Súmula n. 330/TST; Orientação Jurisprudencial n. 270, SDI-I/TST).

Cumpre-nos **ressaltar esta firme posição marcada de longa data em nossa Corte trabalhista**, expressamente ao estabelecer “[...] a eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo” (Súmula n. 330/TST), e que:

[...] a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo. (OJ n. 270 da SDI-I/TST).

Extrai-se de recente aresto de aplicação efetiva de tais princípios:

PEDIDO DE RESCISÃO FUNDADO EM VIOLAÇÃO À COISA JULGADA (ART. 485, IV, DO CPC DE 1973). RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EM AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO DE PAGAMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A **quitação passada no termo de homologação judicial** lavrado em ação de consignação de pagamento **refere-se exclusivamente ao objeto daquela ação, não se estendendo sobre o integral contrato de trabalho**. E nessa quadra, pouco importa que na petição do acordo teria constatado que a quitação alcançaria o extinto contrato de trabalho; **os efeitos jurídicos da avença decorrem do teor da homologação judicial, e esta, por sua vez, se restringe apenas ao objeto da ação de consignação**. Logo, o ajuizamento da reclamação trabalhista

matriz, após a homologação do acordo nos autos da ação de consignação de pagamento, não constitui violação da coisa julgada na espécie, não configurando a hipótese prevista no art. 485, IV, do CPC/1973. Recurso ordinário conhecido e não provido. [...] (RO 357-89.2010.5.15.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Luiz José Dezena da Silva, DEJT 22.5.2020) (g. n.).

E até ampliando este escopo protetivo, observa-se o entendimento sedimentado através da OJ n. 31 da SDC/TST, no sentido de que:

Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.

No mesmo sentido:

Os créditos tipicamente trabalhistas reconhecidos em juízo não são suscetíveis de compensação com a indenização paga em decorrência de adesão do trabalhador a Programa de Incentivo à Demissão. (OJ n. 356 da SDI-1/TST).

E não diversa a consequência, também restritiva, aos efeitos de possível instrumento de **acordo extrajudicial** apresentado perante o juízo trabalhista (CLT, art. 855-B), circunstância que, em verdade, muitas vezes permite antever a própria ausência de interesse jurídico (Orientação Jurisprudencial n. 34, SDC/TST).

Aqui cabe um parêntese para bebermos um pouco da excelente contribuição acerca do assunto, com a qual nos brindou a Desembargadora capixaba (TRT 17ª Região) que, perpassando tanto pela doutrina italiana de **Proto Pisani**, como pela melhor doutrina processual brasileira (Freitas Câmara; Humberto Theodoro Júnior), pontua que a **jurisdição voluntária** não é jurisdição e muito menos voluntária, mas função administrativa, apenas com natureza constitutiva, limitando-se a validar negócios jurídicos de interesse privado, configurando-se em procedimento e não processo, de sorte que seus provimentos não fazem coisa julgada¹.

¹Cf. BRANCO, Ana Paula Taucedá. Os acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência?. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: LTr, Brasília: Anamatra, Rio de Janeiro: Forense, v. 17, n. 59, p. 237-253, 2018.

Para logo adiante, a mesma autora, na mesma obra, recorda-nos os olhares congruentes das doutrinas de **Manoel Antonio Teixeira Filho** e **Carlos Henrique Bezerra Leite**, no sentido da inexistência de jurisdição voluntária no processo do trabalho.

Fechado o parêntese, e se admitindo o instituto em relevo da **jurisdição voluntária** apenas como espécie de medida através da qual se busca do Poder Judiciário a integração da vontade para torná-la apta a produzir determinada situação jurídica, denota-se que, apesar da ausência de uma sistematização legal da questão, como regra está circunscrita a efeitos jurídicos que somente podem ser obtidos após a intervenção do Estado-juiz.

Na esteira do disciplinado com a Lei n. 13.467/2017 (com a inclusão do referido Capítulo III-A ao texto celetista), exige-se oportuna (em verdade, prévia) assessoria jurídica prestada aos interessados para a tentativa de concretização desse intuito conciliatório, naturalmente vocacionado para maior utilização por ocasião das tratativas rescisórias.

Não obstante, o mesmo diploma legal traça os contornos das providências decorrentes da extinção do contrato de trabalho, dispensando até mesmo assistência por autoridade ou entidade sindical (CLT, art. 477) e, do mesmo modo, especificando as limitações envolvidas com os efeitos do ato (CLT, art. 477, § 2º).

Por fim, em face do consenso necessário para a efetivação exitosa de tais alinhavadas providências extrajudiciais, o interessado já se encontra apto inclusive para movimentar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), requerer o seguro-desemprego (CLT, art. 477, § 10) e até mesmo para promover possível futura execução (CLT, art. 877-A; CPC, arts. 700 e 784), de modo que completamente **dispensável** qualquer providência de índole jurisdicional e, destarte, **ausente interesse jurídico** para a providência homologatória por tantas vezes requerida (CF/1988, art. 114; CLT, art. 477; CPC, art. 485, VI; Orientação Jurisprudencial n. 34, SDC/TST), dispensando-se pretensa homologação (CLT, art. 652, "f") que não se mostre **excepcionalmente necessária**, como para suprir eventual ato formal a cargo da parte interessada ou legalmente atribuível ao Judiciário (*v. g.* Lei n. 8.036/1990, arts. 18, § 2º, e 20, II; Súmula n. 197 do STF; indisponibilidade pelo síndico para com determinados documentos da massa falida em prejuízo do trabalhador).

Até porque em tais procedimentos não há lide e, como decorrência, como acentua **Nelson Nery Júnior**, a sentença não faz coisa julgada material e não configura litispêndência² e, ademais, como regra

²Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 17. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1746.

não alcançará efeitos mais abrangentes do que aqueles que se justifiquem (CC, arts. 320 e 843; CLT, art. 477, § 2º; Súmula n. 330/TST).

Nesse sentido, a apresentação de cláusula genérica e injustificada de **quitação ampla e irrestrita do contrato de trabalho** desafia até mesmo pronta recusa da proposta conciliatória com imediata extinção do feito³ e eventual defeito do negócio jurídico, igual perseguição anulatória (CC, art. 171; CPC, art. 966, § 4º).

Não diversamente sinaliza fundamentada jurisprudência do E. TST:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA RECONHECIDA. TRANSAÇÃO. RECUSA DO MAGISTRADO À HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. Demonstrada possível divergência jurisprudencial válida e específica, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para se determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. TRANSAÇÃO. RECUSA DO MAGISTRADO À HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. PRERROGATIVA ASSEGURADA AO JUÍZO MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. Segundo a inteligência da Súmula 418 do TST, não há obrigação legal do magistrado em homologar o acordo judicial, possuindo a prerrogativa de rejeitá-lo, desde que o faça mediante decisão fundamentada, uma vez que o juiz tem o poder-dever de prevenir simulação, colusão, fraude a terceiros e **excessivo desequilíbrio entre as partes**. Por sua vez, é vedado a esta Corte substituir-se ao Magistrado de Primeiro Grau e ao Tribunal Regional para, com base nos fatos e provas da causa, verificar a existência ou não de efetiva possibilidade de fraude à legislação trabalhista, fiscal e previdenciária, mediante burla ao direito do fisco e eventual desproporcionalidade no acordo em desfavor do autor. Sobretudo porque são contundentes os fundamentos adotados pela Corte local, de que, no acordo, pretendia-se pôr termo a contrato de trabalho havido por mais de vinte anos, sendo que as parcelas ficaram circunscritas a diferenças de FGTS e multa de 40%, não tendo sido trazido aos autos sequer o TRCT do autor, para se aferir o escorreito pagamento ao menos das verbas rescisórias. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR 10550-47.2018.5.15.0045, 2ª Turma,

³Cf. SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de *et al.* **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017, p. 449.

Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT
26.6.2020) (g. n.).

Ou seja, não se deve atribuir ou aceitar alcance aos **efeitos da conciliação que ultrapasse genericamente os limites objetivos da lide**, e mesmo que não se permita conceber esta limitação dentre os parâmetros para uma válida transação - sem embargo de que, em qualquer esfera de abordagem, e não menos naquela envolvendo os chamados procedimentos de jurisdição voluntária -, o processo judicial não dispensa legítimo interesse jurídico, sob pena de se converter a sala de audiências em balcão homologatório de acordos pré-concebidos e direitos sem divergências, para se extrair efeitos, todavia, desnecessários ou mesmo indevidos e que, de regra, se apreciados, venham a ser refutados.

No particular, converge o entendimento expressado pela já citada Desembargadora Trabalhista Ana Paula Tauceda Branco (2018, p. 240-246):

[...] a idoneidade e a responsabilidade do Juiz do Trabalho exigem-lhe, a nosso ver, que haja uma função de garantia na análise desse negócio jurídico que se lhe apresenta, mesmo que em caráter administrativo, razão pela qual acreditamos que o correto seja que a decisão administrativa que homologar o acordo extrajudicial se limite, obrigatoriamente, às parcelas expressamente consignadas no requerimento pertinente, com quitação por títulos e valores, apresentando-se devidamente fundamentada. Enfim, não há que se falar em quitação geral e irrestrita pelo objeto do pedido e extinto contrato de emprego, inclusive com esteio no art. 855-E da Reforma Trabalhista, que não previu a possibilidade de quitações genéricas das obrigações trabalhistas, pela via do acordo extrajudicial, já que prevê que 'a petição de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados', ou seja, a própria regra jurídica parte do pressuposto que existem direitos outros que não estão especificados no requerimento de homologação de avença extrajudicial, devendo, portanto, a quitação há de ser absolutamente restrita ao que está disposto ali e a seus valores.

Até porque se permite conceber que o encaminhamento da querela a juízo não pode se mostrar benéfico ou mais vantajoso ao devedor, inclusive para além daqueles proveitos até aqui já cogitados, circunstância que estaria, *a contrario sensu*, fomentando a via infracional.

Neste aspecto, cabe se chamar atenção para a prática complementar que busca justificar um sem-número de concessões ventiladas

pelo magistrado por ocasião das tratativas conciliatórias para fomentar o esperado êxito e, destarte, passando desde a isenção completa de custas até a aceitação da indicação de verbas de natureza indenizatória para além do razoável ou em desproporção ao pleito, objetivando-se a redução da base de incidência previdenciária e fiscal.

E para aqueles que duvidam desse efeito perverso, cabe singela reflexão. Ou seja, um confronto entre os referidos recolhimentos (previdenciários e fiscais) ordinariamente verificados perante a folha regular de pagamentos da empresa, e aqueles derivados concretamente de avença homologada com estas características de exacerbado alargamento no apontamento de verbas de natureza indenizatória. De modo que, confirmado o diagnóstico de circunstância indevida, estar-se-ia premiando aquele que descumpriu com suas obrigações, em detrimento de um elevado custo tanto ao erário quanto à sociedade.

Das poucas exceções a esse estado de coisas, admitem-se aquelas com amparo coletivo. No particular, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, que, de toda sorte, também acaba por ratificar as restrições aqui sustentadas na esfera individual. *In verbis*:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. **No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.** 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir

as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provedimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: 'A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, **caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano**, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado'. (RE 590415-SC, Relator Min. Roberto Barroso, julg. 30.4.2015, publ. DJe 29.5.2015) (g. n.).

Com efeito, mesmo sob esse prisma, a análise tem indicado **abordagem restritiva**, como asseverado pelo C. TST:

A Constituição da República admite **transação coletiva** envolvendo a redução salarial, a compensação de horários e a redução da jornada, além da jornada superior a 6 (seis) horas para os turnos ininterruptos de revezamento (CF, artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV). **Fora de tais parâmetros, qualquer negociação que possa resultar no rebaixamento do patamar definido por norma constitucional ou legal, estará eivada de vício, sujeita, portanto, à decretação de sua nulidade.** Ademais, como dito anteriormente, há questões sobre as quais nem mesmo as entidades sindicais podem estabelecer negociação, especialmente quando o tema estiver guardado de uma **natureza de ordem pública**. Nessa seara, sem nenhuma dúvida, encontram-se as normas de proteção à saúde do trabalhador e os direitos integrantes do elenco constitucional. (Ag RR 1529-18.2017.5.10.0014, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 26.6.2020) (g. n.).

RECURSO DE REVISTA. ADESÃO AOPDV. EFEITOS. Nos termos do entendimento adotado pelo STF no julgamento do RE 590.415, a transação extrajudicial que importa rescisão contratual ante a adesão voluntária do empregado ao plano de dispensa incentivada implicará quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas do contrato de trabalho se essa condição tiver constado expressamente da norma coletiva que aprovou o plano e dos demais instrumentos celebrados com o

empregado, o que não se depreende do acórdão regional. Assim, tendo em vista que consta expressamente da decisão recorrida que o plano de desligamento instituído pela reclamada não foi aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados prevendo vantagens aos trabalhadores e quitação de toda e qualquer parcela decorrente da relação de emprego, não há como aplicar à hipótese o entendimento proferido pelo STF no precedente retro mencionado, tampouco reconhecer o efeito liberatório geral decorrente da adesão ao programa de desligamento. Recurso de revista conhecido e provido. (RR 11927-90.2017.5.18.0017, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 16.6.2020).

6 PRESERVAÇÃO DE CONQUISTAS. ALCANCE SOCIOLÓGICO

Assim, essa irreversibilidade da conquista social operária, em sua dimensão diacrônica, culmina no já tão conhecido “efeito *cliquet*”, clamando uma perene progressividade e proteção pelos Estados soberanos. Neste sentido caminhou o constituinte ao cravar a abertura constitucional a outros direitos não previstos em sua norma (CF/1988, art. 5º, § 2º), ao se valer da expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (art. 7º, *caput*), ao dispor que o dissídio coletivo deverá respeitar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente (art. 114, § 2º, *in fine*) (BRASIL, 1988).

No âmbito infraconstitucional, de igual modo, nota-se uma preocupação em construir um dique antielisivo dos direitos outorgados pelo ordenamento jurídico, como se nota, além do consagrado art. 9º da CLT, da inteligência do art. 2.035, parágrafo único, do Código Reale, notadamente influenciado por uma visão neokantiana do direito, ao dispor que:

Art. 2.035 [...]

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL, 2002).

Em seara internacional, a progressividade decorre de uma ideia-força que, em verdade, já restou absorvida pelos Estados soberanos e que, assim, sequer consta de indicação literal dos tratados internacionais mais recentes, embora estes incorporem reiteradamente tal espírito, como assentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso “Acevedo Buendia *v.* Peru” e o Comitê de Peritos da Organização

Internacional do Trabalho (OIT), em fevereiro de 2017, ao analisar a Reforma Legislativa e o art. 611-A da CLT:

The Committee once again recalls in this regard that the general objective of Conventions n. 98 and 154 and the Labour Relations (Public Service) Convention, 1978 (n. 151), is to promote collective bargaining with a view to agreeing on terms and conditions of employment that are more favourable than those already established by law (see the 2013 General Survey on collective bargaining in the public service, paragraph 298) and that the definition of collective bargaining as a process intended to improve the protection of workers provided for by law is recognized in the preparatory work for Convention n. 154, an instrument which has the objective, as set out in its preambular paragraphs, of contributing to the achievement of the objectives of Convention n. 98. In light of the above, while asking the Government to provide its comments on the observations of the social partners in relation to sections 611-A and 611-B of the CLT, the Committee requests the Government to examine, following consultation with the social partners, the revision of these provisions in order to bring them into conformity with Article 4 of the Convention. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2018).⁴

Não obstante, é possível destacar a expressa previsão da progressividade, constante do art. 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc):

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente

⁴“O Comitê observa ainda que a possibilidade de anulação por meio de disposições legislativas de negociação coletiva que conferem direitos trabalhistas está sendo discutida perante os mais altos órgãos judiciais do país. A esse respeito, o Comitê recorda que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é promover a negociação coletiva com vistas a chegar a um acordo sobre termos e condições de emprego mais favoráveis do que aqueles já estabelecidos por lei (ver o documento Inquérito, Negociação coletiva no serviço público: um caminho a seguir, ponto 298). O Comitê enfatiza que a definição de negociação coletiva como um processo destinado a melhorar a proteção dos trabalhadores, prevista em lei, é reconhecida nos trabalhos preparatórios da Convenção 154, um instrumento que tem o objetivo, conforme estabelecido em seus parágrafos preambulares, contribuir para os objetivos da Convenção 98. Face ao exposto, ao mesmo tempo em que solicita ao Governo os seus comentários sobre as observações dos parceiros sociais em relação aos arts. 611-A e 611-B da CLT, o Comitê solicita ao Governo que examine, após consulta aos parceiros sociais, a revisão dessas disposições a fim de torná-las conformes ao art. 4 da Convenção” (tradução nossa).

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, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (BRASIL, 1992).

O art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969), *in verbis*:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [ca. 2019]).

E o art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador):

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 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 e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [ca. 2020]).

Nessa medida, assentada a existência de que os direitos trabalhistas representam um núcleo mínimo a ser garantido ao empregado, e que os princípios da **máxima efetividade** das normas constitucionais e da **progressividade** impedem o atalhamento de tais direitos, atuando, assim, como valores objetivos a permear a postura não só do legislador, mas também do magistrado que passa a desenvolver papel não de mero reprodutor da lei, mas de promotor da dignidade da pessoa humana, como indica a inteligência do revolucionário art. 8º do CPC, **são lógicos**

e presumidos a cautela e os contornos que devem ser dispensados na homologação dos acordos judiciais e extrajudiciais.

Com efeito, não faria qualquer sentido exigir a abstenção de um juízo analítico e crítico pelo magistrado para a homologação de tais acordos, relegando-o ao papel de mero carimbador da vontade particular. Ao contrário, se sua presença é requisitada, não se pode compreender de outra forma a não ser como garantidor da efetividade do direito de fundo posto nas linhas do acordo.

Destarte, o papel positivo do Judiciário, imposto pelos valores objetivos que emanam dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho trabalhista, e a reconfiguração principiológica proposta pelo neoconstitucionalismo, sobretudo com a invasão da ética no ordenamento jurídico, agregado ao seu papel de promotor da dignidade do trabalhador, converge para formar um poder-dever de exaltar a construção de institutos próprios à coerente distribuição da justiça, proscrevendo a incidência de cláusulas precarizantes nos acordos a serem homologados, com grande capacidade de cancelar a subtração de direitos.

Nesta senda, se a extinção da lide processual, a partir da homologação de todo e qualquer acordo, pode servir de indicador da boa atuação do magistrado, é igualmente correta a percepção de que poderá servir à **alimentação da lide sociológica correspondente**, gerando um sentimento de falso acesso à justiça e de não atingimento de um núcleo presumivelmente mínimo de direitos conferidos pelo próprio texto constitucional.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale lembrar que, passam-se os anos, alteram-se os cenários, mas o desequilíbrio de forças no universo social permanece. As novas tecnologias muitas vezes deslocam a força humana de trabalho para outros setores nos quais, todavia, o sistema exploratório se reproduz, demandando a atuação normativa para aquela equalização já explicitada.

Muitas poderiam ser as citações de exemplos dessa necessária intervenção. Em uma, recentemente a Suprema Corte do Canadá rejeitou a validade de cláusula compromissória em uma disputa envolvendo um motorista e a Uber, tendo utilizado como um dos fundamentos justamente a desigualdade do poder de negociação, reputando inválido aquele trato (SCJ - Case Number: 38534. Neutral Citation: 2020 SCC 16. Date 2020-06-26).

E foi justamente essa maior **sensibilidade social** na abordagem dos casos, que considere adequadamente as condições de desigualdade entre os litigantes, com formação adequada e capacidade para lidar com tantos princípios e conceitos próprios, que justificou a especialização

deste ramo (trabalhista) na estrutura do Judiciário, perseguindo-se, ademais, o enfrentamento adequado das tantas e abrangentes peculiaridades desse campo jurídico com tamanha inserção e relevância social, de modo que abdicar deste dado histórico-social, e da prática que a partir dele se exige, além de afrontar os desígnios do nosso legislador constituinte, é negar a própria razão de existir desse verdadeiro instrumento de consecução da esperada justiça social.

Mas se em toda nação constituída e fundamentada no Estado Democrático de Direito se concebe este olhar diferenciado, até porque se a desigualdade na distribuição de renda não nos dá sinais de arrefecimento, a abusiva exploração do trabalho humano, inclusive de mulheres e crianças, ainda nos assusta, não demos conta de garantir o patamar mínimo civilizatório aos nossos cidadãos, como refutar ou arrefecer na aplicação do Direito que busca tutelar a esperada condição digna de cada ser que empresta sua força, suor e energia para a conquista econômica a ser partilhada.

De mais a mais, reiteramos que a prática nos tem mostrado que, ainda que com boa intenção, sempre que se abusa na concessão de indevida extensão dos efeitos das conciliações observadas em âmbito do processo trabalhista, ou mesmo se implementam práticas de inadequadas isenções ou reduções de custos processuais e/ou reflexos (*v. g.* incidência fiscal e previdenciária, atribuição de responsabilidade para com o recolhimento de custas e emolumentos) buscando favorecer a concretização de um maior volume de acordos, em verdade se atrai efeito diametralmente oposto, ao se analisar em mais elevada escala.

Com efeito, em profundidade o que se estará verdadeiramente salientando será uma condição favorável ao devedor contumaz, ou seja, sedimentando o sentimento de que perde aquele que efetivamente se mostre cumpridor dos seus deveres. Em outras palavras, estará o Judiciário se prestando a chancelar a expressão popular de que “o delito compensa”, na contramão do que se espera, posto que, se no final das contas se apresentar mais barato e com efeito mais abrangente a quitação em juízo, por que satisfazer a obrigação em tempo e condições próprias?

E por outro lado, o sujeito mais vulnerável na relação não recebe como, quando e quanto merecia, necessitando ingressar em juízo. Para tanto, no mais das vezes haverá de contratar um causídico, que ainda, de regra, permanecerá com uma parcela significativa da importância representativa do seu direito/crédito; deverá aguardar algum tempo e outorgará quitação para além daquilo que buscou, restringindo seu novo e futuro acesso ao Judiciário.

Este estado de coisas acaba por incentivar o desrespeito às regras, fomentando uma indústria da fraude e de reclamações completamente evitáveis, causando-nos aquela sensação de estarmos

apenas enxugando gelo e integrando esse círculo vicioso que se retroalimenta.

Portanto, se a solução passa por uma maior conscientização de todos os envolvidos, com tributação mais adequada e fiscalização efetiva, ela também exige uma postura mais proativa e coerente por parte do Judiciário.

Não é demais falar que a previsão de um direito, sem que lhe sejam carreadas todas as tutelas processuais que decorrem de sua sindicabilidade e exigibilidade, equivaleria a apenas um conselho moral ou uma frase vazia, isto é, se compreendemos que os direitos trabalhistas devem ser efetivamente entregues ao trabalhador, não consubstanciando mera poesia constitucional, devemos, logicamente, atentar-nos para as ferramentas que foram forjadas para sua distribuição, entre as quais o objeto do presente estudo: acordos judiciais e extrajudiciais.

Ora, um acordo que se predispusse a atingir o núcleo não eliminável da dignidade do trabalhador, que implicasse em mera renúncia ou que previsse uma cláusula de abertura de renúncia sobre direitos sequer colocados à discussão, como a da quitação do extinto contrato de trabalho, invariavelmente corresponderia à criação de instituto processual na contramão da garantia das normas constitucionais.

Não é exagero afirmar que, se a relação subordinada é a torneira dos direitos (*rubinetto dele tutele*), a cláusula de renúncia irrefreada é seu ralo, não podendo subsistir e ser amplamente tolerada e encampada em nome de uma **falsa pacificação social** ou de **melhores indicadores de gestão judicial** que, antes de servirem como critério de controle das políticas administrativas, passam a se tornar o objetivo final e principal do Judiciário.

Nessa linha, os direitos trabalhistas catalogados pela Constituição Cidadã, seja na lista aberta do art. 7º de seu texto, seja naqueles percebidos em topografia diversa (*v. g.* CF/1988, art. 200, VIII), referem-se a um conteúdo mínimo alcançado pela classe trabalhadora e que não admitem mera renúncia, mas, quando muito, verdadeira transação desde que observada a adequação setorial negociada, na linha do magistério do já mencionado Ministro **Godinho**, razão pela qual exprimem uma vocação natural para a expansão e não para a diminuição, flexibilização ou exclusão.

Nenhum ramo da ciência se mostra imune à evolução que o aperfeiçoe, possivelmente moldando-o aos novos desafios de um mundo dinâmico e eclético. Contudo, enquanto não se ostentar remédio mais valioso, que se prossiga com aquele que ainda melhor se apresenta quando prescrito e ministrado com seriedade e eficiência. Vida longa ao Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência?. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: LTr, Brasília: Anamatra, Rio de Janeiro: Forense, v. 17, n. 59, p. 237-253, 2018.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **DOU**, Brasília, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

GIGLIO, Wagner D. **A conciliação nos dissídios individuais do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION ILO. Supervising the application of International Labour Standards. Search comments by the supervisory bodies. Observation (CEACR): adopted 2017, published 107th ILC session (2018). **Normlex**, Genève, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3523855.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 17. ed. São Paulo: RT, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José,

Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, Washington, D.C., [ca. 2019]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS OEA. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, Washington, D.C., [ca. 2020]. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de *et al.* **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. V. I. 14. ed. São Paulo: LTr, 1994.

GREVES E JUSTIÇA DO TRABALHO: a experiência da Corte de Relações Industriais do Kansas (1920-1925)

STRIKES AND LABOR JUSTICE: the experience of the Kansas Court of Industrial Relations (1920-1925)

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos*

SESTARI, Bruna Rosa**

Resumo: Este artigo tem por objetivo resgatar uma importante experiência histórica ocorrida na primeira metade da década de 20 do século transato, no Estado norte-americano do Kansas, consistente na criação e instalação de um órgão judicial específico para o exame de conflitos trabalhistas, cujo objetivo principal era eliminar ou neutralizar a eclosão de greves naquelas atividades empresariais cuja continuidade fosse reputada de interesse público.

Palavras-chave: Greve. Leis trabalhistas. Justiça do trabalho. Kansas.

Abstract: This article aims to redeem an important historical experience that took place in the first half of the 20s of the last century in the North American state of Kansas, consisting in the creation and installation of a specific judicial body for the examination of labor conflicts, as the main objective was eliminate or neutralize the outbreak of strikes in those business activities whose continuity was considered to be of public interest.

Keywords: Strikes. Labor law. Labor justice. Kansas.

*Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Membro efetivo das Associações Argentina e Uruguaia de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Diretor da Escola Judicial do TRT-15 no biênio 2017-2018. Professor do curso de pós-graduação em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da PUC-Campinas

**Advogada. Graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Aluna da turma de pós-graduação *lato sensu* desta mesma instituição, biênio 2020-2021.

1 INTRODUÇÃO

A época era novembro de 1919.

Após anos de uma devastadora guerra, o mundo estava presenciando uma série de insurgências operárias por todas as partes, notadamente entre aquelas nações que já haviam atingido um nível relevante de desenvolvimento industrial, sendo certo que diversos desses movimentos buscavam sua inspiração nos métodos ou ideais da Revolução Russa de 1917.

Os Estados Unidos da América, nação vitoriosa no conflito e em franca e evidente ascensão política e econômica no cenário internacional, foram fortemente atingidos por esse fenômeno. E um dos ramos de atividade no qual essa tensão entre o capital e o trabalho mais se fez contundente foi a indústria da mineração, área reputada sensível e estratégica, já que dela resultava o fornecimento de carvão, e, conseqüentemente, de energia para as máquinas e de calor para as residências. A essencialidade do trabalho, associada às perigosas, penosas e insalubres condições nas quais este ordinariamente se desenvolvia, fomentavam violentos conflitos coletivos¹, a ponto de, inclusive, haver-se denominado de “*Coal Wars*” ao período inicial (1890-1930) no qual ocorreram².

Durante os anos da Primeira Guerra Mundial, os salários dos trabalhadores nas minas tinham permanecido sem evolução, o que era intuitivamente entendido como uma colaboração ao esforço de guerra. Terminado, porém, o conflito, os mineiros foram buscar a compensação que reputavam devida, e a despeito da oposição inicial a este respeito externada pelo governo federal, em 1º.11.1919 eclodiu uma greve de caráter nacional, convocada pela União Nacional dos Trabalhadores nas Minas (United Mine Workers of America), da qual participaram quase 400.000 (quatrocentos mil) trabalhadores. O movimento foi declarado encerrado em 10 de dezembro, mediante um acordo no qual os mineiros obtiveram um aumento salarial da ordem de 14%³.

¹Envolvendo até mesmo embates intensos com armas de fogo, como, por exemplo, os conflitos ocorridos no Estado da Virgínia, em 1920-1921. BOISSONEAULT, Lorraine. The Coal Mining Massacre America Forgot. **Smithsonian Magazine**, Washington, DC, 25 Apr. 2017. Disponível em: <https://www.smithsonianmag.com/history/forgotten-matewan-massacre-was-epicenter-20th-century-mine-wars-180963026/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

²A este respeito: WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. Coal Wars. **Wikipedia, The Free Encyclopedia**, San Francisco, CA, 4 Apr. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Coal_Wars. Acesso em: 14 jul. 2021; UNITED MINE WORKERS OF AMERICA. **History**. Triangle, VA, 2021. Disponível em: <https://umwa.org/about/history/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

³WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. United Mine Workers coal strike of 1919. **Wikipedia, The Free Encyclopedia**, San Francisco, CA, 15 Jun. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/United_Mine_Workers_coal_strike_of_1919. Acesso em: 14 jul. 2021.

Nem todos os sindicatos locais, porém, aderiram à proposta negociada no plano nacional, recusando-se a voltar ao trabalho. Uma das agremiações que seguiram com a greve foi aquela vinculada ao Distrito 14 do Kansas, liderado pelo radical e combativo sindicalista Alexander Howat, que representava quase 12 mil trabalhadores⁴. E essa **renitência específica** foi um fator determinante para a subsequente criação de uma modalidade de Justiça do Trabalho⁵ local⁶.

De fato: a continuidade do movimento paredista em uma época do ano imediatamente antecedente ao inverno, quando o consumo de carvão se tornava ainda mais crucial e necessário tanto para os particulares como para a continuidade de diversos serviços públicos⁷, agregou um inevitável e virtualmente explosivo componente político ao conflito trabalhista, forçando o governo estadual, então sob o comando de Henry J. Allen, a agir, obtendo uma ordem judicial que o autorizou a assumir o controle das minas, valendo-se da convocação de trabalhadores voluntários para executar o labor necessário a pô-las em atividade, situação que perdurou por três semanas, encerrando-se após a crise⁸.

Conquanto a greve houvesse sido debelada com sucesso, o trauma ocasionado não desapareceu com ela. Havia a sensação, por parte do governo e da população em geral, de que algo necessitaria ser feito em ordem a prevenir a ocorrência de episódios semelhantes no futuro⁹.

⁴Conforme RIORDAN, James R. **Industrial conflict and the public good: the creation, operation, and decline of the Kansas Court of Industrial Relations, 1920-1925**. 2000. 291 l. Thesis (Master of Arts in History)-Division of Social Sciences, Emporia State University, Emporia, KS, 17 May 2000, p. 24. Disponível em: <https://dspace01.emporia.edu/handle/123456789/1041>.

⁵Por “Justiça do Trabalho” nós entendemos aqueles órgãos que, **cumulativamente: a)** sejam mantidos pelo Estado e integrados por servidores públicos, restando indiferente se isto se dará no plano federal, estadual ou municipal, bem como se, formalmente, estejam tais órgãos vinculados ao Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário; **b)** detenham poderes para examinar e deliberar sobre conflitos decorrentes da relação entre o capital e o trabalho; **c)** possuam competência exclusiva ou preponderantemente trabalhista; **d)** possuam competência excludente quanto aos conflitos que lhes sejam correspondentes, isto é, o exame ou, quando menos, o primeiro exame, ou o **exame original** da causa deverá obrigatoriamente passar por eles. Atendidas estas **premissas cumulativas**, estaremos diante de uma justiça do trabalho, que poderá ter poderes mais ou menos intensos, competência mais ou menos abrangente, autonomia mais ou menos ampla, mas justiça do trabalho, ainda e sempre.

⁶Nas palavras de Riordan (2000, p. 24), “If the strike had ended then, the Kansas Court of Industrial Relations would probably never have been created; however, the strike did not end”.

⁷“The effects of the coal shortage were not isolated to heating problems. Coal was the major source of power for a wide variety of public services. One by one, they began to grind to a halt during the coal strike”. (RIORDAN, 2000, p. 28).

⁸Conforme KANSAS HISTORICAL SOCIETY. Court of Industrial Relations. **Kansapedia**, Topeka, KS, 2003. Disponível em: <https://www.kshs.org/kansapedia/court-of-industrial-relations/12017>. Acesso em: 14 jul. 2021.

⁹Segundo Riordan (2000, p. 37), “Regardless of how people interpreted the strike, there was a general consensus that something needed to be done to prevent such crises from happening in the future. Thus, the stage was set for the creation of the Kansas Court of Industrial Relations”.

E tal foi o mote que, já logo em janeiro do ano de 1920, conduziu à legislação criadora da denominada Corte de Relações Industriais do Kansas, cuja instalação, estrutura, funcionamento e extinção iremos examinar nos tópicos a seguir.

2 O DEBATE POLÍTICO

Os responsáveis pelo arcabouço que embasaria a criação da mencionada Corte foram Willian Huggins, advogado dedicado a estudar conflitos trabalhistas, e Henry J. Allen, Governador do Estado do Kansas.

A busca de Huggins por uma solução para as greves que ocorriam nos Estados Unidos da América teve início em 1894, impulsionado pelo movimento paredista dos trabalhadores da empresa Pullman Car Company, em Chicago¹⁰.

Huggins dedicou boa parte de sua carreira estudando uma grande variedade de leis e materiais com o intuito de buscar uma solução que atendesse a toda população. Em 1916 Huggins finalmente se deparou com um precedente legal da Suprema Corte Americana, capaz de embasar uma lei que aparentemente protegia os interesses da indústria, do trabalho e do público em geral¹¹.

Tais estudos fizeram com que Allen atribuísse a Huggins a delicada tarefa de redigir um projeto de lei com o intuito de evitar greves.

A conclusão do projeto de lei fez com que o Governador Allen convocasse, no dia 5 de janeiro de 1920, uma sessão especial da Legislatura do Kansas para expor os seis principais objetivos da legislação recém-criada. O primeiro objetivo era tornar desnecessários os *lockouts* e as greves¹²; o segundo e terceiro objetivos buscavam manter um fornecimento adequado daqueles produtos que seriam essenciais para o sustento da população; os objetivos quatro e cinco exigiam a proteção dos trabalhadores e, por fim, o sexto pretendia a abolição da violência¹³.

¹⁰A Greve Pullman começou em 11 de maio de 1894, com a paralisação dos trabalhadores da fábrica Pullman Palace Car Company, após o fracasso das negociações acerca de seus salários. O boicote paralisou o tráfego ferroviário em todo o país até a intervenção do governo, que proibiu o boicote às atividades e despachou soldados para que os trens voltassem a funcionar. Conforme SMITH, Carl. Pullman Strike. *Encyclopedia of Chicago*, Chicago, IL, 2021. Disponível em: <http://www.encyclopedia.chicagohistory.org/pages/1029.html>. Acesso em: 27 jul. 2021.

¹¹Segundo Riordan (2000, p. 42), "Huggins found his answer in 1916, in studying the Supreme Court case *Wilson vs. New*. In this case the Supreme Court issued the opinion that a governing body in an emergency could issue temporary orders setting laboring standards and wages".

¹²Conforme Riordan, 2000, p. 43.

¹³*Idem*.

Naquela ocasião, a casa Legislativa convidou representantes da indústria e do trabalho para apresentarem seus argumentos a favor ou contra a aprovação do projeto de lei em diversas audiências públicas¹⁴.

Frank P. Walsh, advogado e representante do movimento trabalhista, evidenciou que “o direito de greve não pode ser tirado constitucional ou moralmente do trabalhador”. Já William Huggins, idealizador do projeto de lei, que também estava presente nos debates, argumentou que “o projeto da Corte Industrial era justo tanto para a indústria quanto para o trabalho” (RIORDAN, 2000, p. 44).

Os debates resultaram na aprovação do projeto de lei com a aceitação da grande maioria dos legisladores. Todavia, e ainda que em minoria, alguns dos legisladores Republicanos que votaram contra a Corte Industrial alegaram que a Lei do Tribunal Industrial fora empurrada “garganta abaixo”¹⁵.

Alguns meses depois, ainda havia discussões acerca da polêmica Corte.

O ápice de tais debates ocorreu no Carnegie Hall, em Nova Iorque, na noite do dia 28 de maio de 1920¹⁶. A sala de espetáculos estava lotada e o público esperava ansiosamente pelo grande debate entre Samuel Gompers, presidente da Federação Americana do Trabalho, e Henry J. Allen, Governador do Kansas.

Gompers iniciou o debate afirmando que a questão envolvia basicamente dois princípios, sendo por um lado a liberdade, a justiça e a democracia, e por outro lado a tirania e a injustiça. Segundo ele, a liberdade é um princípio fundamental que consiste na propriedade de si mesmo, e que, conseqüentemente, possui o direito de organizar e participar de greves de forma pacífica. Ademais, além de ter o direito de reter sua própria força de trabalho, possui o direito de induzir que outros façam o mesmo, aumentando assim sua força em busca de um único propósito.

Tais atos não poderiam ser suprimidos pelos tribunais, por se tratar de atos legais, constitucionais, naturais e inerentes aos cidadãos, sendo, ainda, protegidos por direitos inalienáveis, consagrados

¹⁴Conforme Riordan, 2000, p. 43.

¹⁵Conforme Riordan, 2000, p. 44.

¹⁶Os detalhes e circunstâncias referentes a esse importante debate foram extraídos da obra GOMPERS, Samuel. **Debate between Samuel Gompers, presidente, American Federation of Labor, and Henry J. Allen, governor of Kansas, at Carnegie Hall, New York, May 28, 1920**. Farmington Hills, MI: Gale, Making of Modern Law, 2010, bem como do texto de GAGLIARDO, Dominico. The Gompers-Allen Debate on the Kansas Industrial Court. **Kansas Historical Society**, Topeka, KS, Nov. 1934 (v. 3, n. 4, p. 385-395, transcribed). Disponível em: <https://www.kshs.org/p/the-gompers-allen-debate-on-the-kansas-industrial-court/12622>. Acesso em: 5 ago. 2021.

pela Declaração de Independência, e que poderiam ser encontrados nas leis estatutárias, especialmente na Lei Clayton¹⁷ e nas decisões dos tribunais.

Ainda, considerou que amarrar os homens aos seus empregos tornando as greves ilegais seria uma confissão de que as instituições e a democracia não existem, reafirmando a importância dos sindicatos que conduzem as massas de trabalhadores para uma vida melhor, já que, quando organizados em grupos, conseguiriam avanços mais significativos.

Gompers finalizou seu discurso, sustentando que:

O capital é fruto do trabalho e não poderia existir se não existisse em primeiro lugar o trabalho. Ouve-se muito sobre o capital, trabalho e o 'público', como se os trabalhadores não fizessem parte do público. Capital é aquilo que se tem. Trabalho é aquilo que se é. (GOMPERS, 2010, p. 5).¹⁸

Já o Governador do Estado do Kansas e principal defensor da existência do tribunal, Henry J. Allen, iniciou seu discurso descrevendo com alguns detalhes os eventos que levaram à aprovação da mencionada lei, entre eles, a greve nacional do carvão e as demandas exorbitantes do sindicato, os esforços infrutíferos do próprio Governador para induzir os mineiros do Kansas a voltarem ao trabalho, a convocação de voluntários para operarem as minas e a produção de carvão por esses voluntários.

O Governador fez questão de mencionar em seu discurso histórias tristes que atraíam a atenção da plateia, como, por exemplo, de pacientes com calafrios em um hospital local e de um corajoso mineiro de carvão que se recusou a aderir à greve¹⁹. E que tais histórias o fizeram, como líder do Executivo, buscar perante a Suprema Corte a ordem de retorno dos mineiros ao trabalho.

¹⁷Conforme WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. Clayton Antitrust Act of 1914. **Wikipedia, The Free Encyclopedia**, San Francisco, CA, 29 Jun. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Clayton_Antitrust_Act_of_1914. Acesso em: 15 jul. 2021.

¹⁸"Labor is the effort of the human to produce. Capital is the product of labor. Labor, toil, is part of the human being and cannot be taken except you take him. Capital is that which one has. Labor is that which one is".

¹⁹"The fuel ban had been lifted by Dr. Garfield, and coal went up. Then the miners came, demanding an increase of 65 per cent in their wages, and a shortening of their hours to five days in the week, six hours in the day. I was concerned in reference to that only as the executive of a state, which when the strike came on, was out of coal except as to the operators and the miners. Within two weeks from the hour the strike began, there was the necessity to close down the school-houses and to shorten all of the activities of industry. Finally, there was suffering in homes and in hospitals, and there was coal in Kansas mines enough and to spare". (GOMPERS, 2010, p. 18).

Frisou, ainda, que há muito tempo os sindicatos já não eram mais inofensivos, e que isso apenas ocorreu quando as condições econômicas eram mais simples, cujo progresso já havia sido feito. No entanto, considerou que com a mudança dos tempos e com a maior independência da vida econômica, os sindicatos tornaram-se perigosos e a antiga liberdade tornou-se tirania.

Para Allen, o direito de um trabalhador individual de deixar seu emprego não poderia ser questionado e não era questionado pela lei do Kansas, no entanto se questionava a legitimidade da greve ao afirmar que se tratava de um conflito privado entre capital e trabalho, iniciado por dirigentes sindicais e não propriamente pelos trabalhadores interessados.

Allen argumentou que o conflito capital-trabalho também deve ser regulamentado, sendo que um governo justo pode fazer melhor para a humanidade, tornando impossível a recorrência das condições ocorridas no inverno de 1919-1920, quando os mineiros e operadores lutavam uns contra os outros e a população congelava, dando prioridade ao interesse público.

Quando Allen observou que a lei do tribunal industrial é o único método eficaz já tentado para proteger o interesse público, e que o direito de greve havia sido restringido, um grande clamor se elevou, gritando-se que o trabalho fora privado de sua única arma²⁰. O Governador ainda frisou que muitos trabalhadores, e até mesmo alguns líderes sindicais, bem como muitas pessoas proeminentes, teriam expressado sua aprovação ao tribunal industrial²¹.

Allen, para finalizar, disse que o Tribunal de Relações Industriais do Kansas também poderia ser chamado de “tribunal dos homens sem dinheiro”, eis que qualquer homem que desejasse um julgamento de sua queixa poderia lá apresentar-se e o Estado lhe forneceria um advogado, um engenheiro, um contador, um especialista em mineração de carvão, ou qualquer outra especialidade de que ele precisasse para o desenvolvimento de todos os fatos em seu caso. O Estado forneceria sem custo tudo que fosse necessário para o desenvolvimento do processo²², inclusive em eventual grau de apelação²³.

²⁰“A great hue and cry has gone up, and it is shouted from the house tops that labor has been deprived of its only weapon”. (GAGLIARDO, 1934).

²¹“Indeed, many workers, even some trade-union leaders, and many prominent persons have expressed approval of the industrial court. Trade unions in Kansas are actually using it. For, although the wheels of justice may grind slowly, they grind exceedingly fine, and this is being more clearly recognized by thoughtful persons”. (GAGLIARDO, 1934).

²²Denota-se aqui a adoção do princípio da gratuidade do processo, que é, ademais, uma **característica histórica universal** agregada aos processos trabalhistas.

²³“The Kansas Court of Industrial Relations might be called the ‘Court of the Penniless Man’. Any man who wishes an adjudication of his grievance may come there and the state provides him with

Em que pesem muitas questões suscitadas no debate não terem sido respondidas, ambos os debatedores foram declarados vitoriosos. O evento acabou ajudando a impulsionar Allen ao centro das atenções do país, tendo sido cogitada até sua candidatura à presidência²⁴.

3 A ATUAÇÃO DA CORTE DE RELAÇÕES INDUSTRIAIS

A Corte de Relações Industriais do Kansas²⁵ oficialmente entrou em operação em 2 de fevereiro de 1920, tendo como seu primeiro juiz presidente o idealizador do projeto de lei, William Huggins²⁶. Tratava-se de um órgão colegiado composto por três juízes indicados pelo Governador e confirmados pelo Senado Estadual²⁷, com mandatos variáveis na primeira investidura, mas que após seriam fixados em 3 (três) anos²⁸. Ao presidente da Corte se reservava o voto de desempate²⁹.

A competência da Corte estava vinculada àqueles serviços, empreendimentos ou indústrias cujas atividades respectivas fossem consideradas de “interesse público”, e que vinham identificadas na seção 3 da Lei: alimentação, vestuário, mineração, transporte e outros serviços públicos (“*public utilities*”) constantes do Estatuto Geral do Kansas³⁰.

a lawyer, an engineer, an accountant, a coal mining expert or whatever expert he needs, for the development of all the facts in his case. The state provides without cost whatever instrumentality is needed so that all the facts in the case may be developed. And then after the ease has been heard in that Court of Industrial Relations, if the aggrieved party is not satisfied, he may appeal to the Supreme Court of the State, and there again the state provides free of charge a transcript of the evidence, and all the experts needed to develop the facts in the case”. (GOMPERS, 2010, p. 57).

²⁴Conforme Riordan, 2000, p. 62.

²⁵Segundo se extrai de uma correspondência enviada ao Governador Allen por um Juiz Distrital que examinou o esboço do projeto e enviou sugestões para seu aprimoramento, a **ideia inicial** era criar um órgão denominado “Corte de Conciliação”. In: BANTA, Dan. A. D. A. Banta to Governor Henry Allen, December 31, 1919. **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/212076>. Acesso em: 21 jul. 2021. No Brasil, passou-se o mesmo: nossos primeiros órgãos específicos para o exame de conflitos trabalhistas, criados pelo Governo Vargas em 12.5.1932, foram as “Comissões Mistas de Conciliação” (Decreto n. 21.396), cujo escopo primordial era pacificar conflitos coletivos de trabalho (conforme VIANA, Oliveira. **Problemas de direito corporativo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938, p. 208).

²⁶Conforme Riordan, 2000, p. 63.

²⁷A Lei não estabelecia ou identificava outros requisitos além da indicação pelo Executivo e aprovação pelo Legislativo. Não era obrigatório, portanto, que o juiz indicado possuísse formação jurídica. Mas tampouco se pode dizer que se tratava de um órgão paritário, como os similares introduzidos no Brasil na década de 1930.

²⁸A Lei criadora dos Tribunais Industriais do Estado do Kansas possuía 30 artigos (seções), e seu conteúdo integral foi anexado em Riordan, 2000, p. 278-286.

²⁹Seção 2, letra b: “in case of a tie vote, the presiding judge of said Court of Industrial Relations shall cast an additional vote”.

³⁰Como é fácil observar, as atividades em questão guardam uma **intuitiva analogia** com as chamadas “atividades essenciais” previstas pelo ordenamento positivo brasileiro.

Os poderes da Corte no tocante a tais atividades não estavam limitados a conciliar, dirimir ou arbitrar os conflitos que nelas surgissem. Eles iam bem além: o tribunal poderia adotar quaisquer medidas que reputasse necessárias para assegurar o seu adequado funcionamento ou continuidade, tais como supervisionar, controlar ou mesmo dirigir o respectivo empreendimento (seção 4)³¹, estando o órgão autorizado a, inclusive, agir **de ofício** para tanto (“*upon its own initiative*”: seção 7). Estes poderes abrangiam determinar a alteração geral das condições de trabalho, de suas regras e práticas, da duração da jornada e do padrão salarial, aqui incluída, ainda, a possibilidade de fixação de um “salário-mínimo razoável” (seção 8)³².

As deliberações tomadas pela Corte de Relações Industriais poderiam ser objeto de recurso perante a Suprema Corte do Estado do Kansas, o qual teria precedência sobre “outros casos civis” (seção 12).

Os sindicatos e as associações de trabalhadores eram expressamente reconhecidos como partes legítimas ou aptas a comparecer perante a Corte, para o efeito de participar de procedimentos de negociação coletiva (seção 14)³³. A lei também deixava claro que nenhum empregado poderia ser despedido ou sofrer qualquer tipo de discriminação por demandar perante o tribunal, ou a ele comparecer na condição de testemunha (seção 15).

As seções 16 e 17 da Lei estabeleciam a proibição tanto da greve quanto do *lockout*, nas atividades por ela abrangidas. Embora as normas em questão assim não o dissessem de um modo explícito ou direto, a proibição de uma série de posturas ou comportamentos ali identificados

³¹A seção 6 da Lei enfatizava que “the industries, employments, public utilities and common carriers herein specified shall be operated with reasonable continuity and efficiency in order that the people of this state may live in peace and security and be supplied with the necessities of life”.

³²Segundo Feis, a Corte de Relações Industriais, quando fixava níveis salariais, procurava atuar de modo equitativo: “The court’s decisions in practically every wage case would appear to most economists well-considered and attentive to labor’s claims. In its wage decisions the court was under the dual instructions of the act to ensure ‘a fair wage’ to labor and ‘a reasonable return’ to capital” (FEIS, 1923, p. 712). Ou seja, a Corte de Relações Industriais do Kansas, neste particular, procedia precisamente como seria estatuído pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 766: “Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas” (BRASIL, 1943).

³³Trabalhadores não organizados em associações ou sindicatos poderiam igualmente apresentar reclamações perante a Corte de Relações Industriais. Sem embargo, havia da parte desta uma intuitiva resistência a aceitar casos individuais ou movidos por pequenos grupos. Como registra Feis (1923, p. 717), “cases which find no place in the record given by Allen and Huggins have been quoted by the unionists - cases in which individuals or very small groups of workers had their complaints dismissed by the court because it was judged that these did not endanger the public health, peace, or safety. The court was forced to make such a discrimination between cases, sometimes in order to meet constitutional requirements, at other times to avoid being swamped by a multitude of tiny disputes such as are constantly arising in the coalfield”.

deixava evidente que este seria ou deveria ser o **efeito prático** de ditas vedações, que claramente se percebia estarem dirigidas tanto às empresas³⁴ quanto aos trabalhadores³⁵. De outro lado, as violações aos termos da Lei sujeitavam os infratores às penas de multa e prisão, a serem aplicadas alternativa ou cumulativamente (seções 18 e 19).

A seção 21 prescrevia que os conflitos trabalhistas não vinculados ou abrangidos pelas atividades identificadas na Lei poderiam igualmente ser submetidos à apreciação do tribunal, mas isso deveria ser resultado de **mútuo acordo** (*mutual agreement*) entre as partes neles envolvidas, através de requerimento escrito devidamente assinado por ambas, e formalmente encaminhado à Corte³⁶.

Por fim, a seção 27 estabelecia que o tribunal deveria formular um relatório anual com a descrição detalhada de todos os seus atos e procedimentos, incluindo demonstrativo financeiro de despesas, e apresentá-lo ao governador do Estado para seu conhecimento. O documento em questão³⁷ também trazia uma relação dos casos julgados, com as respectivas decisões, sendo que alguns deles serão exemplificativamente destacados a seguir³⁸.

O caso 3283 foi apresentado por diretores e membros dos sindicatos Amalgamated Association of Street e Electric Railway Employees

³⁴"It shall be unlawful for any person, firm, or corporation engaged in the operation of any such industry, employment, utility, or common carrier willfully to limit or cease operations for the purpose of limiting production or transportation or to affect prices, for the purpose of avoiding any of the provisions of this act" (parte inicial da seção 16).

³⁵"[...] it shall be unlawful for any such individual employee or other person to conspire with other persons to quit their employment or to induce other persons to quit their employment for the purpose of hindering, delaying, interfering with, or suspending the operation of any of the industries, employments, public utilities, or common carriers governed by the provisions of this act, or for any person to engaged in what is known as 'picketing' or to intimidate by threats, abuse, or in any other manner, any person or persons with intent to induce such person or persons to quit such employment, or for the purpose of deterring or preventing any other person or persons from accepting employment or from remaining in the employ of any of the industries, employments, public utilities, or common carriers governed by the provisions of this act" (parte final da seção 17).

³⁶Existe aqui uma indiscutível e sobremodo **interessante semelhança** com a legislação brasileira, no período posterior à Emenda Constitucional n. 45, a qual estabelece que, em regra, os dissídios coletivos somente poderão ser levados à Justiça do Trabalho mediante "comum acordo" das partes, mas, em se tratando de atividades consideradas essenciais, permite-se a provocação pelo Ministério Público do Trabalho, com ou sem a anuência dos interessados diretos (Constituição Federal de 1988, art. 114, parágrafos segundo e terceiro).

³⁷A íntegra dos relatórios apresentados encontra-se no sítio Kansas Memory: KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

³⁸Em seu primeiro ano de atuação, a Corte de Relações Industriais do Kansas examinou 28 casos, dos quais 25 foram promovidos por trabalhadores, um foi trazido pelo empregador, e 2 foram instaurados de ofício. In: KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 5 [1920]. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

of America, contra a Joplin e Pittsburg Railway Co., empresa que operava um sistema interestadual de ferrovias no Kansas.

Os sindicatos alegaram, em síntese, que os salários pagos aos trabalhadores pelas empresas eram excessivamente baixos e insuficientes para fornecer uma vida razoável, e que mesmo empregando grandes esforços para garantir uma resolução amigável, não obtiveram sucesso.

Em resposta, a ré (i) negou a jurisdição do tribunal, por se tratar de um negócio interestadual, (ii) afirmou haver um contrato realizado durante a Primeira Guerra Mundial no “**conselho de trabalhadores**” que estava sendo cumprido, e (iii) alegou que os rendimentos da empresa não eram suficientes para pagar salários mais elevados.

Por sua vez, a Corte constatou que houve um considerável aumento do custo de vida desde que o salário-mínimo fora definido pelo conselho de guerra em 1918, e que mesmo alguns empregados trabalhando dez horas por dia e sete dias por semana não conseguiriam ganhar um salário que pudesse manter as famílias com um certo grau de conforto³⁹.

Quanto ao argumento de que os rendimentos da empresa não eram suficientes para pagar salários mais altos, a Corte afirmou que os salários deviam ser considerados antes dos lucros dos investidores, e que uma empresa que não pudesse pagar salários justos aos seus empregados deveria ir à falência⁴⁰. Com base nesse fundamento, a Corte entendeu que a faixa salarial paga pela empresa era notadamente baixa e injusta, e definiu um novo salário para cada função exercida⁴¹. Entretanto, estabeleceu que aquela faixa salarial se aplicaria somente aos empregados que trabalhassem totalmente ou majoritariamente no Kansas, por não ter jurisdição sobre os demais Estados⁴².

³⁹KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 28 [1920]. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

⁴⁰“However, it must be admitted, that wages to labor should be considered before dividends to the investor, and that a business which is unable to pay a fair rate of wage to its employees will eventually have to liquidate”. (KANSAS, 2021, p. 29 [1920]).

⁴¹Para determinar um salário justo, a Corte levou em consideração algumas circunstâncias relevantes como: (i) a faixa salarial paga para o mesmo tipo de serviço em outros segmentos; (ii) a relação entre os salários e o custo de vida; (iii) os riscos inerentes ao trabalho; (iv) as habilidades e o treinamento necessários para o exercício da profissão; (v) o grau de responsabilidade; (vi) a natureza e estabilidade do trabalho, e (vii) a habilidade, o segmento e a fidelidade de cada trabalhador. KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 29 [1920]. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

⁴²O caso da Joplin Railway foi referido no Relatório Anual da Corte como um típico exemplo das vantagens que a existência de um órgão especializado para o exame de conflitos trabalhistas poderia trazer, visto que, antes da existência do Tribunal, houvera naquela empresa uma greve de 80 dias, com prejuízos significativos para os trabalhadores, para a empregadora e para os usuários do serviço. Já sob a égide da Corte de Relações Industriais, não houve interrupção do serviço ou deflagração de greve, tendo a decisão respectiva sido aceita por ambas as partes. KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 5-6 [1920]. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

O caso 3803, também conhecido como “Caso Topeka Millers”, foi um processo de iniciativa própria do tribunal, que recebeu a informação de que os moinhos de farinha estavam reduzindo a produção com o suposto propósito de elevar o preço da farinha no mercado ao reduzir a oferta. Após citados, gerentes de diversos moinhos da cidade compareceram ao tribunal, demonstrando os motivos que os levaram a reduzir a produção de farinha.

O tribunal, após analisar todos os fatos apresentados, concluiu que não havia razão para pensar que a produção fora reduzida para aumentar os preços, ou que a indústria de moagem do Estado não estava sendo conduzida de maneira correta. A Corte, por fim, nomeou um comitê para elaborar normas a serem prescritas pelo tribunal, para a regulamentação da indústria de moagem em relação a salários e continuidade da produção⁴³.

Já o caso 3467 tratou não apenas de salário, como também de jornada e condições de trabalho dos empregados da moagem de trigo. No entanto, o tribunal, ao perceber o bom diálogo entre as partes, apenas recomendou que conversassem entre si, mantendo sua jurisdição, mas deixando de proferir uma decisão naquele primeiro momento⁴⁴.

4 ENFRAQUECIMENTO E EXTINÇÃO

Como se pode observar, a Corte de Relações Industriais do Kansas exercia um típico **poder normativo**, nos mesmos moldes que hoje encontramos nos tribunais do trabalho do Brasil. E foi essa crucial circunstância que, fundamentalmente, acabou por determinar sua extinção, a partir do momento em que a Suprema Corte Americana foi chamada a examinar de perto a extensão das atribuições conferidas ao órgão nessa dimensão.

O caso levado à Suprema Corte Americana foi examinado e julgado em 11.6.1923⁴⁵.

⁴³“The evidence in this investigation shows that the elevators in most instances are full of wheat waiting to be milled; that the flour-storage capacity of the mills is practically full; that the price of flour is falling and is now considerably below what it was three months earlier; that the grocery stores have no trouble in getting full shipments of all flour orders; that the mills are readily accepting all orders they can get at current prices, and promptly shipping out the same; and that there is no shortage of flour anywhere in the state”. (KANSAS, 2021, p. 68-69 [1920]).

⁴⁴KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 54-56 [1920]. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

⁴⁵UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Chas. Wolff Oacking Co. v. Court of Industrial Relations of State of Kansas, June 11, 1923. **Legal Information Institute**, Ithaca, NY, 2021a. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/262/522>. Acesso em: 28 jul. 2021.

A impetrante⁴⁶ era a pessoa jurídica Charles Wolff Packing Company, empresa que contava com um quadro de cerca de 300 empregados, e cujo objeto social estava relacionado ao abate de bovinos e suínos, bem como à preparação de sua carne para embalagem e envio.

A Corte de Relações Industriais do Kansas, atendendo a uma reclamação proposta em janeiro de 1921 pelo sindicato dos cortadores de carne, mediante a qual os trabalhadores questionavam uma redução salarial efetuada pela sua empregadora, deu razão ao sindicato, determinando a recomposição do nível salarial anterior.

Provocada pela empresa a deliberar acerca do conflito, a Suprema Corte, em resumo, entendeu que, diante da natureza da atividade e da dimensão do negócio, uma interferência estatal desse nível seria descabida, violando a liberdade contratual das partes e a cláusula constitucional do devido processo legal⁴⁷.

Anos mais tarde, em 13 de abril de 1925, esse mesmo caso retornou à Suprema Corte, novamente mediante iniciativa patronal, e, em uma decisão⁴⁸ que pode ser considerada complementar à anterior, assentou o tribunal que, ademais do aspecto relativo à fixação de salários, era igualmente inconstitucional que os limites da jornada de trabalho fossem estabelecidos mediante ato da Corte de Relações Industriais. Esse ponto específico, se bem estivesse situado no mesmo contexto da questão salarial, não tinha sido objeto de exame explícito pela primeira decisão, pelo que, desta feita, a Suprema Corte ratificou e expandiu sua posição original.

Ao assim deliberar, a Suprema Corte mutilou o poder normativo atribuído à Corte de Relações Industriais do Kansas, dela retirando seu principal instrumento de neutralização de conflitos coletivos, e com isso praticamente eliminando sua razão de existir⁴⁹. Essa circunstância,

⁴⁶O instrumento processual utilizado à época para o acesso à Suprema Corte Americana foi o *writ of error*.

⁴⁷Os Juízes da Corte de Relações Industriais do Kansas tinham perfeita consciência de que a posição que viesse a ser tomada pela Suprema Corte Americana nesse caso seria de vital importância para a afirmação de sua legitimidade enquanto órgão estatal. No relatório anual apresentado no ano de 1922, registrou-se que a decisão no caso concernente à Charles Wolff Packing Company tinha sido confirmada pela Suprema Corte do Kansas, e se encontrava, naquele momento, pendente de apreciação perante a Suprema Corte Americana, frisando-se que seria esse um importante teste da Lei e do poder da Corte Industrial em emitir e fazer cumprir as suas próprias ordens. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Chas. Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations of State of Kansas, June 11, 1923. **Legal Information Institute**, Ithaca, NY, 2021a, p. 8. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/262/522>. Acesso em: 28 jul. 2021.

⁴⁸UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Chas. Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations of State of Kansas, n. 207, Apr. 13, 1925. **FindLaw**, Eagan, MN, 2021b. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/267/552.html>. Acesso em: 28 jul. 2021.

⁴⁹Na avaliação de Feis (1923, p. 733), “The decision seems to destroy the possibility of creating a body such as the Kansas Court, subordinate to the law but with the power of the law behind it, and with the continuing duty of formulating principles of industrial relations by constant participation in unsettled disputes”.

adicionada à perene oposição do movimento sindical e a fatores de ordem orçamentária, induziram ao seu gradual fenecimento e subsequente desaparecimento⁵⁰.

Mas, ao revés do que se poderia imaginar, a ideia de um órgão especializado para a resolução de litígios trabalhistas não terminaria ali. Ela teria seguimento, já não no Kansas, mas no vizinho Estado do Nebraska, como se verá a seguir.

5 A CORTE DE RELAÇÕES INDUSTRIAIS DO ESTADO DO NEBRASKA

Em 1919-1920, é dizer, na mesma época em que, no Kansas, estava sendo discutida a criação de uma Corte de Relações Industriais, houve no Nebraska uma convenção constitucional que agregou mudanças importantes à Constituição daquele Estado⁵¹. Uma dessas mudanças foi a inserção da seção 9 do art. XV, que ainda está em vigor, e cujo teor a seguir se reproduz, em tradução livre:

Controvérsias entre empregadores e empregados. Comissão Industrial. Leis de apelação podem ser promulgadas para a investigação, apresentação e determinação de controvérsias entre empregadores e empregados em qualquer negócio ou profissão afetada pelo interesse público e para a prevenção de práticas comerciais desleais e ganhos inescrupulosos em qualquer negócio ou profissão que afete o bem-estar público. Uma Comissão Industrial pode ser criada com a finalidade de administrar tais leis, e os recursos devem ser os previstos em lei. (NEBRASKA, 2021).⁵²

⁵⁰Segundo Riordan (2000, p. 199), “The decline of the Kansas Industrial Court became symptomatic of the collapse of progressivism nationwide. The Industrial Court had come into being as a progressive solution to labor unrest. However, in the face of post-war economic collapse, many saw the Industrial Court as a monetary burden for the state. This view, along with the US Supreme Court’s rulings on the issue of public supervision of private industry, served to focus opposition to the Industrial Court. This opposition, in the form of legal defeats, public dissatisfaction, and loss of government support, gradually drained the Court’s power”.

⁵¹Conforme ARNOLD, Janet Stewart. The historical development of public employee collective bargaining in Nebraska. *Creighton Law Review*, Omaha, NE, v. 15, 1981-1982, p. 478. Disponível em: <https://dspace2.creighton.edu/xmlui/handle/10504/39344>. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁵²“Controversies Between Employers and Employees; Industrial Commission; Appeals Laws may be enacted providing for the investigation, submission, and determination of controversies between employers and employees in any business or vocation affected with a public interest and for the prevention of unfair business practices and unconscionable gains in any business or vocation affecting the public welfare. An Industrial Commission may be created for the purpose of administering such laws, and appeals shall be as provided by law”.

Não há dúvida de que a previsão constitucional em apreço fora influenciada pela experiência do Estado vizinho do Kansas. O Governador Henry Allen esteve, inclusive, presente pessoalmente à Convenção, expondo o sistema lá criado sob sua direta inspiração e iniciativa⁵³.

Sem embargo, a ideia ali consagrada somente veio a ser implementada, no plano da legislação ordinária, no ano de 1947. O momento de criação das Cortes Industriais não se deu por acaso: do mesmo modo que ocorrera no fim da Primeira Grande Guerra, o final da Segunda Guerra Mundial desencadeou reivindicações do operariado e a deflagração de greves pelo país. E se, no caso do Kansas, o “detonador” do movimento foi a greve dos mineiros, no caso específico do Nebraska isto se deu em decorrência de uma greve dos trabalhadores de uma empresa telefônica⁵⁴. Por outro lado, no Nebraska a previsão da proibição de greves igualmente se fazia presente, circunstância que, como era de se esperar, ocasionou a oposição do movimento sindical ao novo órgão⁵⁵.

Ao contrário do que ocorreu com as Cortes de Relações Industriais do Kansas, as Cortes de Relações Industriais do Nebraska superaram o impacto inicial e seguiram existindo, com uma atuação inicialmente discreta, que se expandiu a partir da segunda metade da década de 1960⁵⁶, sendo que, em 1972, uma decisão da Suprema Corte do Nebraska estabeleceu que a Corte de Relações Industriais era constitucional, possuindo, ademais de autoridade administrativa, poderes legislativos e “quase judiciais”⁵⁷. Em 1979, o nome do órgão foi alterado para Comissões de Relações Industriais, o que, aparentemente, teve como

⁵³Segundo David G. Wagaman, “The Kansas Industrial Court, established in 1919, was examined in detail. Kansas Governor Henry J. Allen addressed the entire convention and explained the arbitration procedures adopted by the Kansas court. Mr. Peterson spent three days in Kansas studying ‘the theory of the gentlemen down there who have established the first industrial court in the country’”. (WAGAMAN, 1977, p. 476). Neste mesmo sentido se expressou John M. Gradwohl: “After the Kansas Industrial Court had been in operation just five weeks, during which time eleven cases had been docketed before it, the Governor of Kansas addressed the Nebraska Constitutional Convention. He made a stirring speech vividly outlining the advantages of an Industrial Court. This speech seemed to jar the convention into taking action in this area”. (GRADWOHL, 1961, p. 653).

⁵⁴“Following the end of World War II, strike activity increased to record levels nationwide. Inflation gained national attention. Nebraska was no exception. In fact, a strike by Lincoln Telephone Company employees seems to have been a major cause of the introduction of two bills to make operative article XV, section 9, of the Nebraska constitution”. (WAGAMAN, 1977, p. 477).

⁵⁵Conforme Arnold, 1981-1982, p. 478.

⁵⁶“At the close of 1966, it seemed as if the NCIR would continue its relatively obscure and noncontroversial existence. However, events of the decade were to thrust the NCIR into a position of prominence and authority in Nebraska public sector labor relations”. (WAGAMAN, 1977, p. 480).

⁵⁷“The Seward case had seemed to indicate that by creating article XV, section 9, the 1919-1920 Convention carved out a constitutional exception to the separation of powers doctrine by creating a tribunal vested with legislative, administrative and judicial powers. The supreme court later restricted the CIR’s authority primarily, and perhaps not surprisingly, in the judicial area”. (ARNOLD, 1981-1982, p. 482-484).

escopo principal evitar que se questionasse sua constitucionalidade sob o argumento de se tratar de um órgão do Poder Judiciário com atribuições anômalas ou legiferantes⁵⁸.

A composição, competência e atribuições atuais da Comissão de Relações Industriais do Nebraska estão detalhadas no sítio da *web* mantido pelo próprio órgão⁵⁹. Ali se explica que a Comissão é formada por cinco integrantes, indicados pelo governador com aprovação do Poder Legislativo, para um mandato de 6 (seis) anos⁶⁰. Seu âmbito de atuação é similar ao que historicamente se agregara à Corte do Kansas, ou seja, aqueles serviços ou atividades que possam afetar o interesse público. A Comissão tem poderes para fixar salários e condições de trabalho, definir a legitimação para efeito de representação sindical, bem como para apreciar outras situações análogas ou similares. Suas decisões são recorríveis diretamente para a Corte de Apelações.

Parece claro que, ainda quando formalmente se atribua à Comissão de Relações Industriais do Nebraska a natureza de órgão administrativo ou de agência estatal, ela exerce, no campo de sua competência específica, uma atividade de índole jurisdicional, ilação corroborada pelo fato de serem suas decisões objeto de recurso perante a Corte de Apelações do Estado. Ou seja, na prática, poderia ser classificada como uma modalidade atual de “justiça do trabalho”⁶¹, que foi

⁵⁸“Apparently mindful of the supreme court’s admonition that the CIR is not a court, the legislature changed the name of the body to the Commission of Industrial Relations, while retaining the designation of judge”. (ARNOLD, 1981-1982, p. 487).

⁵⁹NEBRASKA COMMISSION OF INDUSTRIAL RELATIONS. **Official Nebraska Government Website**. Lincoln, NE, 2021. Disponível em: <https://ncir.nebraska.gov/index>. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁶⁰Segundo consta das referências legislativas constantes do sítio mencionado, a indicação para o cargo de integrante da Comissão deve levar em consideração não a circunstância de ser o candidato um representante do capital ou do trabalho, mas sim a sua experiência e o seu conhecimento em assuntos legais, financeiros, industriais e trabalhistas. Os atuais integrantes da Comissão do Nebraska são todos eles advogados militantes. Sua remuneração é de 475 dólares por dia de trabalho, mais as despesas correlativas.

⁶¹No Nebraska existem igualmente órgãos destinados a examinar os conflitos entre empregados e empregadores que estejam vinculados a acidentes ou doenças de trabalho, cuja natureza é admitida como sendo tipicamente judicial (*vide* NEBRASKA JUDICIAL BRANCH. **Workers’ Compensation Court**. Lincoln, NE, 2021. Disponível em: <https://supremecourt.nebraska.gov/courts/workers-compensation-court>, e NEBRASKA WORKERS’ COMPENSATION COURT. **Official Website**. Lincoln, NE, 2021. Disponível em: <https://www.wcc.ne.gov/>). Órgãos similares existem em outros Estados, inclusive com especialização também em segunda instância, como é caso do Tennessee, onde, se bem não se os inclua formalmente no Poder Judiciário, as decisões tomadas em grau de apelação são recorríveis diretamente à Suprema Corte Estadual (*vide* TENNESSEE (State). Department of Labor and Workforce Development. **Court of Workers’ Compensation Claims**. Nashville, TN, 2021a. Disponível em: <https://www.tn.gov/workforce/injuries-at-work/bureau-services/bureau-services/court-of-wc-claims.html>, e TENNESSEE (State). Department of Labor and Workforce Development. **Workers’ Compensation Appeals Board**. Nashville, TN, 2021b. Disponível em: <https://www.tn.gov/workforce/injuries-at-work/bureau-services/bureau-services/appeals-board.html>).

um resultado direto da experiência correlata principiada no Estado do Kansas⁶².

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No preâmbulo de seu primeiro relatório anual apresentado ao governador do Estado, os juizes da Corte de Relações Industriais do Kansas assinalaram que sua atuação principiara sem “mapa ou bússola” e sem precedentes a seguir, analisando questões completamente inéditas, cujas soluções teriam de buscar em uma Lei que para nada fora testada perante os tribunais⁶³. É dizer, como igualmente ocorreu com tantos outros juizes do trabalho que vieram após eles⁶⁴, o território que lhes cumpria desbravar era desconhecido e inóspito, os seus habitantes, não raro, eram-lhes abertamente hostis⁶⁵, e não havia garantia alguma de que os recursos oferecidos para o cumprimento da missão seriam suficientes ou satisfatórios.

A complexidade da tarefa que lhes fora incumbida pode ser extraída dos números concernentes aos acidentes de trabalho e ao labor de crianças e adolescentes. De acordo com os dados constantes do relatório anual apresentado pela Corte ao governo do Estado relativo ao ano de 1922, houve no período o impressionante número de 7.595 acidentes de trabalho, dos quais 86 foram fatais e 142 causaram amputação ou invalidez permanente⁶⁶. Existiam cerca de 7.270 crianças e adolescentes (com idades de 10 a 15 anos) trabalhando⁶⁷.

⁶²Em outras palavras, a semente plantada no Kansas feneceu em seu Estado de origem, vindo, contudo, a renascer e frutificar no Estado do Nebraska.

⁶³In: KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 7 [1920]. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

⁶⁴A Corte de Relações Industriais do Kansas antecedeu inclusive aos pioneiros Tribunais Rurais Paulistas, previstos pela Lei Estadual n. 1.869, de 10.10.1922. Talvez tenha sido superada, nas Américas, apenas pelos órgãos criados no México na década de 1910. A este respeito: BUÉN L., Nestor de. **Derecho procesal del trabajo**. México: Porrúa, 2002, p. 113-120.

⁶⁵Alexander Howat, por exemplo, não somente se opôs fortemente à criação da Corte de Relações Industriais, como também constantemente a criticou e a desafiou durante os seus poucos anos de funcionamento, tendo sido, por conta dessa sua resistência, alvo de diversos processos judiciais, com condenação à pena de prisão e pagamento de multas. A esse respeito: TOPEKA JOURNAL. Alexander Howat interview (Apr. 12-14, 1921). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/214205>. Acesso em: 2 ago. 2021.

⁶⁶In: KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 93-ss. [1922]. A atividade com maior número de acidentes foi a ferroviária, com um total de 1.981 ocorrências, das quais 24 tiveram resultado morte e 32 resultaram em amputação ou invalidez permanente.

⁶⁷KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021, p. 121. Esses números são relativos ao censo realizado em 1920.

Contudo, apesar das dificuldades evidentes, o número de investigações, inspeções e julgamentos realizados, cujo detalhamento cuidadoso consta nos relatórios anuais apresentados, demonstra que a Corte de Relações Industriais do Kansas buscou cumprir suas tarefas de modo diligente, consciencioso e responsável. O insucesso da experiência não deve ser atribuído à atuação do órgão em si; sua razão fundamental há de ser buscada no contexto político e social do momento no qual ele funcionou. De outra parte, a experiência da Corte de Relações Industriais do Estado do Kansas, conquanto fugaz, deixou, quando menos, uma **herdeira institucional** indiscutível, materializada na atual Comissão de Relações Industriais do Estado do Nebraska.

Mas, a nosso ver, a sua breve existência é mais significativa pelo que dela se pode inferir, em **termos universais**, acerca da conveniência da instauração de um órgão especializado no exame de conflitos trabalhistas, máxime aqueles que se revistam de uma índole coletiva.

O primeiro ponto a ser neste passo destacado é a incontroversa e evidente **fonte material** da norma criadora, a saber, as adversidades, dificuldades ou embates derivados de movimentos grevistas, notadamente em se tratando de atividades cuja consecução esteja vinculada a um interesse público, ou, em outras palavras, cuja interrupção possa potencialmente ocasionar um relevante **impacto social**.

Essa correlação entre as greves e a necessidade da instauração de uma jurisdição especializada para neutralizá-las esteve igualmente presente na gênese da justiça do trabalho do Brasil.

Realmente: o fato de a Constituição de 1934 não prever o direito de greve não resultou de um mero lapso, tendo sido, ao revés, explicitamente justificado pela circunstância de que nela se estava a criar uma justiça do trabalho, e parecia contraditório aos constituintes de então, especialmente para os representantes patronais, que as duas coisas pudessem conviver, pois uma (a justiça do trabalho) deveria naturalmente excluir a outra (o direito de greve). Bem por isso, os representantes dos trabalhadores, do mesmo modo que se dera no Kansas, demonstravam-se incomodados com a criação de uma justiça especializada para tal finalidade⁶⁸.

O segundo ponto é o **curioso paradoxo** que historicamente costuma acompanhar os intentos de criação de um órgão especializado em dirimir litígios trabalhistas: ao mesmo tempo em que se reconhece sua necessidade e, por conseguinte, a sua importância institucional, igualmente transparece uma resistência em admitir que a sua natureza seja

⁶⁸A esse respeito: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Formação histórica e política da justiça do trabalho do Brasil. **Revista LTr**, São Paulo, ano 84, ago. 2020, p. 936.

tipicamente jurisdicional⁶⁹. Nesse particular, o caso do Nebraska pode ser considerado emblemático, já que a mudança da nomenclatura do órgão - de Corte para Comissão - teve, aparentemente, até mais relevância que a definição de suas atribuições, que seguiram, a rigor, sendo as mesmas de antes. E, de novo, à semelhança do que ocorreu nos EUA, no Brasil houve uma intensa discussão, no período de 1934 a 1946, se os órgãos integrantes da justiça do trabalho estariam materialmente inseridos no âmbito do Poder Judiciário, ou se essa qualidade se restringiria meramente à sua nomenclatura formal⁷⁰.

Sem embargo, o que o panorama histórico norte-americano nos demonstra é que, mesmo em um sistema anglo-saxônico de cunho marcadamente liberal, a existência de um órgão especializado no exame de conflitos trabalhistas, inclusive com poderes legiferantes atípicos, não pode ser considerada uma impossibilidade sistêmica⁷¹. Aliás, não deixa de ser interessante advertir que tanto a criação original extinta (no Kansas) quanto a criação derivada sobrevivente (no Nebraska), ocorreram em Estados onde preponderam valores ideológicos conservadores.

Colocando a questão em outros termos, o que se pode concluir é que, justamente porque os conflitos entre o capital e o trabalho serão intuitivamente recorrentes no âmbito de um regime econômico capitalista, a existência de um órgão especializado para analisá-los com eficiência e presteza representa mais do que uma mera opção política circunstancial

⁶⁹A razão subjacente a esse paradoxo ainda não foi objeto de um exame acurado. Mas nos permitimos aqui arriscar uma **hipótese preliminar**: a renitência estrutural do regime econômico capitalista em admitir que os problemas que sua dinâmica possa causar sejam de tal monta ou gravidade que, inclusive, justificariam uma justiça própria ou específica para a sua adequada resolução.

⁷⁰Conforme Toledo Filho, 2020, p. 937. Pertence a esta época o curioso episódio no qual um juiz de direito, investido de jurisdição trabalhista, não se conformando com que o recurso contra a sua sentença fosse examinado pelo Conselho Regional do Trabalho (futuro TRT), e não pelo Tribunal de Apelações, suscitou conflito de jurisdição perante o Supremo Tribunal Federal, uma postura que foi naquela Corte classificada pelo Ministro Waldemar Falcão como “surpreendente” e “desconcertante” (*in*: Revista do Trabalho, jan. 1945, p. 46-47).

⁷¹Como esclarece o jovem magistrado e doutrinador João Renda Leal Fernandes, em oportuna e recente obra sobre esse tema, existem nos EUA “[...] múltiplos órgãos e agências administrativas (tanto federais quanto estaduais) independentes e especializados não apenas em promover o cumprimento de leis trabalhistas, mas também na investigação e resolução de conflitos entre capital e o trabalho (no âmbito individual e na esfera coletiva), cujas competências incluem **poderes tipicamente jurisdicionais**, como a possibilidade de condenação ao pagamento de salários retroativos e indenizações trabalhistas, determinação de reintegração de trabalhadores, entre várias outras. A NLRB, por exemplo, se autodefine como um órgão quase judicial (*quasi-judicial body*)”. (FERNANDES, 2021, p. 108). O negrito é nosso. “Quase Judicial” é igualmente o modo como se autoqualifica o órgão similar existente no Canadá, conforme transcrição extraída de seu sítio oficial: “The Canada Industrial Relations Board (CIRB) is an independent, representational, **quasi-judicial tribunal** responsible for the interpretation and administration of Part I (Industrial Relations) and certain provisions of Part II (Occupational Health and Safety) and Part III (Labour Standards) of the Canada Labour Code”. (CANADA INDUSTRIAL RELATIONS BOARD, 2021). Destaque nosso.

do governante do momento. Ela é, em sua essência, uma **necessidade estratégica**, que, aliás, como é intuitivo, tanto maior será quanto mais economicamente desigual for a sociedade correspondente.

REFERÊNCIAS

ARNOLD, Janet Stewart. The historical development of public employee collective bargaining in Nebraska. **Creighton Law Review**, Omaha, NE, v. 15, 1981-1982. Disponível em: <https://dspace2.creighton.edu/xmlui/handle/10504/39344>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BANTA, Dan. A. D. A. Banta to Governor Henry Allen, December 31, 1919. **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/212076>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BOISSONEAULT, Lorraine. The Coal Mining Massacre America Forgot. **Smithsonian Magazine**, Washington, DC, 25 Apr. 2017. Disponível em: <https://www.smithsonianmag.com/history/forgotten-matewan-massacre-was-epicenter-20th-century-mine-wars-180963026/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm.

BUÉN L., Nestor de. **Derecho procesal del trabajo**. México: Porrúa, 2002.

CANADA INDUSTRIAL RELATIONS BOARD. **CIRB's Website**. Ottawa, 2021. Disponível em: <http://www.cirb-ccri.gc.ca/eic/site/047.nsf/eng/home>. Acesso em: 4 ago. 2021.

FEIS, Herbert. The Kansas Court of Industrial Relations, Its Spokesmen, Its Record. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 37, n. 4, p. 705-733, Aug. 1923. Disponível em: <http://www.jstor.com/stable/1884057>. Acesso em: 1º ago. 2021.

FERNANDES, João Renda Leal. **O mito EUA: um país sem direitos trabalhistas?** Salvador: JusPodivm, 2021.

GAGLIARDO, Dominico. The Gompers-Allen Debate on the Kansas Industrial Court. **Kansas Historical Society**, Topeka, KS, Nov. 1934 (v. 3, n. 4, p. 385-395, transcribed). Disponível em: <https://www.kshs.org/p/the-gompers-allen-debate-on-the-kansas-industrial-court/12622>. Acesso em: 5 ago. 2021.

GOMPERS, Samuel. **Debate between Samuel Gompers, presidente, American Federation of Labor, and Henry J. Allen, governor of Kansas, at Carnegie Hall, New York, May 28, 1920**. Farmington Hills, MI: Gale, Making of Modern Law, 2010.

GRADWOHL, John M. Labor-Management Relations and Nebraska Constitutional Revision. **Nebraska Law Review**, Lincoln, NE, v. 40, 1961. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol40/iss4/11>. Acesso em: 27 jul. 2021.

KANSAS (State). Court of Industrial Relations. Annual Reports (1920-1924). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/223663>.

KANSAS HISTORICAL SOCIETY. Court of Industrial Relations. **Kansapedia**, Topeka, KS, 2003. Disponível em: <https://www.kshs.org/kansapedia/court-of-industrial-relations/12017>. Acesso em: 14 jul. 2021.

NEBRASKA (State). Article XV, Nebraska Constitution. **Ballotpedia**, Middleton, WI, 2021. Disponível em: https://ballotpedia.org/Article_XV,_Nebraska_Constitution. Acesso em: 14 jul. 2021.

NEBRASKA COMMISSION OF INDUSTRIAL RELATIONS. **Official Nebraska Government Website**. Lincoln, NE, 2021. Disponível em: <https://ncir.nebraska.gov/index>. Acesso em: 27 jul. 2021.

NEBRASKA JUDICIAL BRANCH. **Workers' Compensation Court**. Lincoln, NE, 2021. Disponível em: <https://supremecourt.nebraska.gov/courts/workers-compensation-court>.

NEBRASKA WORKERS' COMPENSATION COURT. **Official Website**. Lincoln, NE, 2021. Disponível em: <https://www.wcc.ne.gov/>.

RIORDAN, James R. **Industrial conflict and the public good: the creation, operation, and decline of the Kansas Court of Industrial Relations, 1920-1925**. 2000. 291 l. Thesis (Master of Arts in

History)-Division of Social Sciences, Emporia State University, Emporia, KS, 17 May 2000. Disponível em: <https://dspace01.emporia.edu/handle/123456789/1041>.

SMITH, Carl. Pullman Strike. **Encyclopedia of Chicago**, Chicago, IL, 2021. Disponível em: <http://www.encyclopedia.chicagohistory.org/pages/1029.html>. Acesso em: 27 jul. 2021.

TENNESSEE (State). Department of Labor and Workforce Development. **Court of Workers' Compensation Claims**. Nashville, TN, 2021a. Disponível em: <https://www.tn.gov/workforce/injuries-at-work/bureau-services/bureau-services/court-of-wc-claims.html>.

TENNESSEE (State). Department of Labor and Workforce Development. **Workers' Compensation Appeals Board**. Nashville, TN, 2021b. Disponível em: <https://www.tn.gov/workforce/injuries-at-work/bureau-services/bureau-services/appeals-board.html>.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Formação histórica e política da justiça do trabalho do Brasil. **Revista LTr**, São Paulo, ano 84, ago. 2020.

TOPEKA JOURNAL. Alexander Howat interview (Apr. 12-14, 1921). **Kansas Memory**, Topeka, KS, 2021. Disponível em: <https://www.kansasmemory.org/item/214205>. Acesso em: 2 ago. 2021.

UNITED MINE WORKERS OF AMERICA. **History**. Triangle, VA, 2021. Disponível em: <https://umwa.org/about/history/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Chas. Wolff Oacking Co. v. Court of Industrial Relations of State of Kansas, June 11, 1923. **Legal Information Institute**, Ithaca, NY, 2021a. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/262/522>. Acesso em: 28 jul. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Chas. Wolff Oacking Co. v. Court of Industrial Relations of State of Kansas, n. 207, Apr. 13, 1925. **FindLaw**, Eagan, MN, 2021b. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/267/552.html>. Acesso em: 28 jul. 2021.

VIANA, Oliveira. **Problemas de direito corporativo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

WAGAMAN, David G. The Evolution of Some Legal-Economic Aspects of Collective Bargaining by Public Employees in Nebraska Since 1919. **Nebraska History**, Lincoln, NE, n. 58, p. 474-489, 1977. Disponível em: <https://www.nebraskahistory.org/publish/publicat/history/full-text/NH1977Bargaining.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. Clayton Antitrust Act of 1914. **Wikipedia, The Free Encyclopedia**, San Francisco, CA, 29 Jun. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Clayton_Antitrust_Act_of_1914. Acesso em: 15 jul. 2021.

WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. Coal Wars. **Wikipedia, The Free Encyclopedia**, San Francisco, CA, 4 Apr. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Coal_Wars. Acesso em: 14 jul. 2021.

WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. United Mine Workers coal strike of 1919. **Wikipedia, The Free Encyclopedia**, San Francisco, CA, 15 Jun. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/United_Mine_Workers_coal_strike_of_1919. Acesso em: 14 jul. 2021.

A COVID-19 NOS AMBIENTES DE TRABALHO E O PAPEL DA VIGILÂNCIA À SAÚDE DOS TRABALHADORES

COVID-19 IN WORKING ENVIRONMENTS AND THE ROLE OF SURVEILLANCE IN WORKERS' HEALTH

ALIAGA, Márcia Kamei López*

LEIVAS, Luciano Lima**

SABINO, Marcos Oliveira***

PADILHA, Norma Sueli****

Resumo: Este artigo visa refletir sobre o papel da vigilância à saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras nos ambientes de trabalho, propondo a integração das medidas de proteção à saúde dos trabalhadores e trabalhadoras previstas nas Normas Regulamentadoras, na Lei Orgânica da Saúde e na Convenção 161 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A

*Mestranda da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Integrante dos Grupos de Pesquisa GP-Metas (Meio Ambiente, Trabalho e Sustentabilidade). Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho. Coordenadora Nacional da Codemat - Coordenadoria Nacional Defesa do Meio Ambiente de Trabalho do MPT.

**Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho. Vice-Coordenador Nacional da Codemat - Coordenadoria Nacional Defesa do Meio Ambiente de Trabalho do MPT.

***Mestre em Saúde Coletiva (Epidemiologia) pela Universidade de Campinas - Unicamp. Especialista em Ergonomia de Sistemas de Produção (EPoli), pela Universidade de São Paulo - USP. Médico Sanitarista. Professor da Saúde Coletiva (Saúde do Trabalhador), na Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC Campinas. Analista de Medicina/Perito (MPU/MPT). Médico do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador - Cerest (SUS) em Campinas-SP.

****Pós-Doutora em Direito pela Universidade Estadual de Campinas - Unicamp. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Coordenadora e Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Docente Colaboradora do PPGD da Universidade de Fortaleza - UniFor. Professora aposentada da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS. Líder de Grupo de Pesquisa GP-Metas/UFSC (Meio Ambiente, Trabalho e Sustentabilidade), cadastrado no CNPQ. Experiência na advocacia pública (AGU) e na advocacia privada. Autora da obra laureada com o Prêmio Jabuti 2011 na categoria Direito: "Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro". Palestrante e conferencista. Professora colaboradora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - Enamat.

vigilância à saúde dos trabalhadores tem função crucial no enfrentamento da crise imposta pela pandemia da Covid-19, e não deve ser atribuída apenas à Saúde Pública, sendo recomendada a sua adoção pelos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) e a incorporação desses preceitos aos Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional. A adoção de todas os meios disponíveis em lei para a proteção da saúde do trabalhador e da trabalhadora é medida que dá concretude à essência do Princípio da Precaução.

Palavras-chave: Covid-19. Vigilância à saúde. Norma Regulamentadora. Lei Orgânica da Saúde. Princípio da precaução.

Abstract: This article aims at thinking over worker's health surveillance's role in workplaces, proposing the integration of protective measures provided by regulatory norms, Organic Health Law and ILO Convention 161. Worker's Health Surveillance has crucial role to cope the crisis imposed by Covid-19 pandemic and it is not only a Public Health task, but also must be recommended to occupational health services in workplaces. Isolated strategies will not enable companies to cope the challenging situation imposed by SARS-CoV-2 virus in workplaces. Combined use of all measures available and prescribed about worker's health is conformed to law and materializes the gist of Precautionary Principle.

Keywords: Covid-19. Health surveillance. Regulatory Norms. Organic Health Law. Precautionary principle.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de refletir acerca do papel da vigilância à saúde dos trabalhadores nos ambientes de trabalho como estratégia de enfrentamento dos riscos impostos pela disseminação do vírus SARS-CoV-2 no Brasil e no mundo. Há mais de um ano as relações socioeconômicas são aceleradas no exato ritmo das transformações inarredavelmente impostas pela pandemia relacionada à doença Covid-19. O impacto dessas transformações, como não poderia deixar de ser, repercute nas relações trabalhistas, especialmente no que diz respeito à saúde e segurança do trabalho.

Diante da ausência de tratamento farmacológico eficiente¹, bem como da impossibilidade de imediata vacinação de contingente

¹A respeito do chamado tratamento precoce, em 19 de abril de 2021 o vice-presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), Donizette Gamberardino Filho, esclareceu que a entidade "não recomenda e não aprova tratamento precoce e não aprova também nenhum tratamento do tipo

populacional suficiente para conferir a almejada imunização coletiva, a ciência reconhece nas medidas de intervenção não farmacológicas as estratégias mais eficazes. Portanto, remanesce indispensável a observância das mesmas medidas preconizadas desde o início da crise, cuja eficácia é atestada a partir do conhecimento produzido e historicamente consolidado pela ciência em outras pandemias e epidemias, e que evidenciaram efetividade inclusive na atual pandemia: a redução do contato interpessoal (distanciamento social), a adoção da etiqueta respiratória, a higienização adequada das mãos. Acrescentou-se a essas medidas, diante da evolução do conhecimento científico em torno das formas de transmissão do vírus, o uso de máscaras como forma de reduzir a dispersão de gotículas e aerossóis nos ambientes.

Todas essas medidas, dada a indivisibilidade do meio ambiente, também são aplicáveis aos ambientes de trabalho. O vírus SARS-CoV-2 deixou muito claro que o meio ambiente é uno, não podendo haver tratamento dicotômico entre o meio ambiente e o meio ambiente de trabalho. Nada obstante a indivisibilidade do meio ambiente, o tratamento especial para a tutela do meio ambiente do trabalho é um imperativo sociojurídico. Na relação labor-ambiental o ser humano trabalhador é suscetível a aglomerações, jornadas de trabalho em locais fechados com circulação artificial do ar, entre outras múltiplas situações envolvendo gestão do risco biológico pandêmico. Assim, considerar as peculiaridades da exposição labor-ambiental é fator essencial para o enfrentamento da pandemia da Covid-19.

2 A EVOLUÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O ano de 2020 abre o calendário da história para o registro dos episódios de uma das maiores crises sanitárias da humanidade. Em 30 de janeiro, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declara situação de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Na esteira da OMS, em 3 de fevereiro, o Brasil reconhece a Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN).

No campo da ciência, inaugura-se uma batalha contra o tempo com o objetivo de refrear a transmissão e a circulação do vírus. Do mesmo modo, o manejo clínico do tratamento da Covid-19 segue sendo objeto de intensa discussão científica. Passado mais de um ano do início da crise

protocolos populacionais [contra a covid-19]", durante audiência pública da Comissão Temporária da Covid-19 do Senado, contrapondo, em tese, parecer do próprio CFM que facultava aos médicos prescrição de fármacos do chamado "kit Covid". (MELO, 2021).

internacional, resta claro que não há consenso científico em torno de muitas questões, que seguem sendo pesquisadas, analisadas e sistematizadas por pesquisadores de diversas áreas do conhecimento científico e centros de pesquisas nacionais e internacionais.

Nesse cenário, evidencia-se que o prevenicionismo, metodologia hegemônica no mundo pré-pandemia para a gestão dos riscos de acidentes inerentes ao trabalho - que, aliás, já se mostrava incapaz de fornecer soluções hábeis a conferir a devida proteção à saúde e ao meio ambiente -, apresenta-se insuficiente frente aos novos desafios carreados pela emergência de saúde pública e suas projeções na relação de trabalho. Isso porque estamos diante de uma crise em que ainda não existem certezas científicas sobre todas as formas de transmissão, nem sobre os meios de prevenção. O risco e a incerteza permeiam todo o conhecimento científico, que evolui à medida que a crise se desenvolve.

Faz-se imperativa, hoje, a reafirmação do princípio da precaução, porquanto o novo coronavírus, a Covid-19 e suas sequelas ainda são cientificamente desconhecidos. Até o presente momento não existe cura ou tratamento eficiente, capaz de restabelecer a crença no controle e gerenciamento do risco como metodologia hegemônica.

O Princípio 15 - Princípio da Precaução - da Declaração da Rio-92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável foi proposto na Conferência no Rio de Janeiro, em junho de 1992, sendo definido como “a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados” (BRASIL, 2020).

A etiologia do Princípio da Precaução associa-se ao conceito segundo o qual:

Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, **não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental.** (BRASIL, 2020). (Grifou-se).

Nesse contexto, ganham relevância as estratégias de vigilância à saúde do trabalhador, que através da coleta de dados e do monitoramento da saúde dos trabalhadores podem contribuir para a identificação de trabalhadores que possam ser potenciais transmissores do vírus, afastando-os rapidamente dos ambientes de trabalho, quebrando possíveis cadeias de transmissão.

3 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E SAÚDE DO TRABALHADOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A cultura jurídica tradicional tende a restringir a interpretação legal da proteção da saúde do trabalhador e da trabalhadora aos limites dos parâmetros jurídicos fixados pelo sistema normativo composto pelo art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição da República, articulados com os dispositivos do Capítulo V da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e Normas Regulamentadoras de saúde e segurança do trabalho.

Todavia, a tutela da saúde dos trabalhadores e trabalhadoras é composta por um sistema normativo muito mais amplo, fruto de evolução histórica do tema saúde no país, consubstanciado na denominada Reforma Sanitária Brasileira.

Uma das críticas mais incisivas e relevantes para o escopo desse estudo reside na dificuldade de integração entre a Saúde do Trabalhador, a Medicina do Trabalho e a Segurança no Trabalho. Pertinente a essa análise, a Reforma Sanitária também demandou a ampliação de panoramas da Medicina do Trabalho e da Saúde Ocupacional, cujas origens históricas estão interrelacionadas, nada obstante a presença de elementos voltados à gestão empresarial da saúde no ambiente de trabalho, como ressaltado há duas décadas por Mendes e Dias (1991)².

O reconhecimento da saúde como direito fundamental de todos os brasileiros e brasileiras fez da Constituição Federal de 1988, indubitavelmente, marco histórico na proteção constitucional à saúde. Esse processo de constitucionalização da saúde foi amplo e incorporou a Saúde do Trabalhador, cujo espaço foi devidamente resguardado e valorizado. Partindo dessa premissa, há que se interpretar dispositivos legais e normativos à luz da Carta Magna e das conquistas nela consolidadas, alcançadas pela Reforma Sanitária brasileira, ainda que sobre ela recaiam todas as críticas mencionadas.

Constituição Federal. Lei Orgânica da Saúde. Consolidação das Leis do Trabalho. Normas Regulamentadoras. Integração e harmonização em prol da proteção da saúde do trabalhador

A crise carreada pela pandemia da Covid-19 intensificou as deficiências estruturais do modelo econômico hegemônico, especialmente

²MENDES, René; DIAS, Elizabeth Costa. Da medicina do trabalho à saúde do trabalhador. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 25, p. 341-349, 1991.

em países de economia dependente da dinâmica capitalista globalizada. No caso do Brasil, cujas instituições, especialmente a partir da reforma trabalhista de 2017, têm intensificado o processo de desregulamentação e precarização da relação de trabalho, a proteção integral à saúde do trabalhador ficou à deriva na agenda das prioridades nacionais, fortemente absorvida pela pauta de interesses de segmentos empresariais, notadamente o agronegócio.

No novo cenário socioambiental imposto pela pandemia da Covid-19, sempre tendo em mente que a redução dos riscos de acidente de trabalho é direito do trabalhador e dever do empregador e/ou do tomador dos serviços, assegurado na Constituição da República de 1988, há que se repensar a tutela do ambiente de trabalho, mediante, primordialmente, concepções científicas de controle da transmissão da infecção. As concepções relativas à interrupção das cadeias de transmissão de agentes infecciosos não são novas, ao menos no âmbito histórico e da saúde pública. Elas têm base e sustentação científica já amplamente testada e aceita como modelo de ação com efetividade no mundo real, sejam quais forem os ambientes envolvidos. Porém, a incorporação desses preceitos nos ambientes de trabalho tem encontrado resistência inexplicável e injustificável, inclusive sob o ponto de vista jurídico.

A diferenciação entre meio ambiente natural e meio ambiente do trabalho é muito mais ideológica do que legal e **não traz qualquer benefício aos trabalhadores ou ao Sistema Único de Saúde (SUS)**. O SUS, por vias transversas, acaba por assumir custos altíssimos, especialmente na assistência, por danos à saúde dos trabalhadores, muitas vezes desencadeados pela gestão inadequada de riscos nos ambientes de trabalho, inclusive do atual risco biológico do SARS-CoV-2.

As Normas Regulamentadoras, por sua vez, são reconhecidas constitucionalmente como parte do esforço que deve orientar empresas, empregados, sindicatos e poder público na redução dos riscos do trabalho (art. 7º, inciso XXII, e art. 200 da CLT). Nada obstante, a defesa do meio ambiente de trabalho e da saúde do trabalhador não pode se restringir ao quanto previsto no art. 7º da Constituição Federal, incisos XXII e XXIII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei). A proteção da saúde do trabalhador e a construção de um meio ambiente de trabalho que promova o equilíbrio labor-ambiental também encontra amparo no Sistema Único de Saúde, conforme prevê o art. 200, incisos II e VIII, da Norma Vértice, este último reconhecendo que o meio ambiente, entre eles incluído o do trabalho, é uma atribuição do SUS.

Necessário relembrar que o papel da Saúde do Trabalhador no âmbito das competências legislativas e administrativas de Estados e

Municípios é, de longa data, reconhecido e institucionalizado, especialmente em seus códigos sanitários. A própria CLT já tratava dessa questão e nunca confinou a proteção da saúde e a segurança do trabalhador apenas às Normas Regulamentadoras (NRs)³. À guisa de prolepse, transcreve-se a norma celetista que serve de interface com os códigos sanitários regionais e municipais:

Art. 154 - A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho. (BRASIL, 1943).

As normas de saúde e segurança do trabalho devem, portanto, ser conjugadas com parâmetros técnicos e científicos fixados pelas autoridades sanitárias nas respectivas esferas de competência. O Brasil, desde 2007, incorporou os preceitos do Regulamento Sanitário Internacional (RSI) da OMS, instrumento vinculativo para 196 países, cujo objetivo é auxiliar a comunidade internacional na prevenção e respostas a graves riscos para a saúde pública⁴.

O Título VIII da Constituição da República, que trata da Ordem Social, em sua Seção II dispõe, consoante o texto do art. 196, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Ato contínuo, a Lei Maior fixa, conforme o teor do art. 197, que são de relevância pública as ações e os serviços de saúde, cabendo:

[...] ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).

³ALIAGA, Márcia Kamei López; LEIVAS, Luciano Lima. Ministério Público do Trabalho: resolutividade na proteção à segurança e saúde do trabalhador e da trabalhadora. *Revista do DIESAT*, São Paulo, n. 46, 2021, p. 17.

⁴ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Regulamento Sanitário Internacional (RSI)*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/regulamento-sanitario-internacional-rsi>.

Para além dos limites do sistema jurídico citado na introdução deste tópico, é justamente no âmbito do sistema de saúde, integrado por políticas sociais e econômicas a cargo do Poder Público em concurso com as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, que se inserem as ações de **vigilância em saúde do trabalhador e da trabalhadora**, na exata dicção do art. 200, inciso II, da Norma Vértice.

No plano infraconstitucional, a vigilância em saúde do trabalhador e da trabalhadora recebe densificação normativa no texto da Lei n. 8.080/1990, donde extraem-se diretrizes normativas de interesse sobre o tema. O § 2º do art. 2º prevê textualmente que o “**dever do Estado não exclui** o das pessoas, da família, **das empresas** e da sociedade” (BRASIL, 1990). O art. 6º, inciso I, alínea “c”, inclui a saúde do trabalhador no campo de atuação do SUS, destacando, no § 3º, inciso III, a obrigação de realizar ações de vigilância sanitária e vigilância epidemiológica nos ambientes laborais, prestando:

[...]

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional. (BRASIL, 1990).

À toda obviedade, posto que a saúde do trabalhador e da trabalhadora tem assento constitucional e legal, ganhando vulto e relevância especialmente frente às vicissitudes dramaticamente expostas no curso da emergência sanitária decorrente da pandemia da Covid-19, não se pode interpretar a saúde do trabalhador e da trabalhadora nos estreitos limites do sistema jurídico composto pelo art. 7º, inciso XXII, da Constituição da República, combinado com a CLT e as normas regulamentadoras de saúde e segurança do trabalho.

O sistema de saúde do trabalhador e da trabalhadora tem horizonte muito mais amplo e articulado, como visto acima, no Sistema Único de Saúde, mediante ações de vigilância em saúde do trabalhador e da trabalhadora.

As Normas Regulamentadoras, especialmente a Norma Regulamentadora 7 (NR-7), que trata do Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO), devem dialogar necessariamente com os comandos constitucional e legal que constroem as ações de vigilância ativa e passiva em saúde do trabalhador e da trabalhadora, imputando, sem qualquer hipótese de tratamento jurídico excludente, a sua imperativa responsabilidade social.

Por oportuno, a redação da NR-7 em *vacatio legis* dispôs no item 7.3.2.1 que o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional deve conter ações de vigilância passiva e ativa em saúde ocupacional.

Ademais, é necessário destacar que mesmo a redação da NR-7 em vigor não descurou do papel da vigilância em saúde nos ambientes de trabalho. Veja-se:

[...]

7.2 Das diretrizes

7.2.1 O PCMSO é parte integrante do conjunto mais amplo de iniciativas da empresa no campo da saúde dos trabalhadores, devendo estar articulado com o disposto nas demais NR.

7.2.2 O PCMSO deverá considerar as **questões incidentes sobre o indivíduo e a coletividade de trabalhadores, privilegiando o instrumental clínico-epidemiológico na abordagem da relação entre sua saúde e o trabalho.**

7.2.3 O PCMSO deverá ter **caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica**, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores. [...] (BRASIL, 2021a). (Grifou-se).

Ora, quando a NR-7 em vigor assentou que o PCMSO deve “considerar as questões incidentes sobre o indivíduo e a coletividade de trabalhadores, privilegiando o instrumental clínico-epidemiológico na abordagem da relação entre sua saúde e o trabalho”, além de prever que o programa deve ter “caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho”, nada mais fez que incorporar ao texto os preceitos inerentes à vigilância epidemiológica e vigilância em saúde, respectivamente (BRASIL, 2021a).

Em suma, para a proteção integral da saúde do trabalhador e tendo como norte a Lei Maior, é indispensável a integração dos sistemas, dos programas e das estratégias previstas tanto na Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), como na CLT e nas Normas Regulamentadoras. Não há, entre esses diplomas legais, incompatibilidades que obstem a conjugação e integração dos dispositivos voltados à proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores. De outro giro, presentes estão no ordenamento jurídico todas as condições que recomendam e reforçam a necessidade de harmonização desses institutos, para que seja cumprida a garantia constitucional do direito à vida e à saúde.

4 VIGILÂNCIA EM SAÚDE DO TRABALHADOR NO CONTEXTO DA COVID-19: vigilância epidemiológica e sanitária

A vigilância em saúde cuida da coleta, análise e interpretação sistemática de dados em saúde para o planejamento, implementação e avaliação das atividades em saúde pública. Os dados obtidos pela vigilância devem ser disseminados, permitindo a implementação de ações efetivas para a prevenção da doença. Os mecanismos de vigilância incluem a notificação compulsória de algumas doenças, registros de doenças específicas (base populacional ou hospitalar), pesquisas populacionais repetidas ou contínuas e a agregação de dados que mostrem padrões de consumo e atividade econômica⁵.

Sendo a prevenção ao adoecimento e à perda da vida o objetivo maior da vigilância em saúde, suas ações e estratégias apoiam-se na coleta e interpretação de dados. Constitui interesse da vigilância em saúde a análise dos fatores de determinação social que possam influenciar na relação saúde-doença, como o trabalho. Trata-se, portanto, de estratégia crucial para a promoção da saúde.

Não há como desconsiderar a organização do trabalho e o meio ambiente laboral como fatores que influenciam no processo de adoecimento dos trabalhadores. Por esse motivo, a Lei n. 8.080/1990, Lei Orgânica da Saúde, no art. 2º, § 2º, faz menção expressa sobre o papel empresarial nas ações de promoção à saúde, ao lado - e não à margem - dos deveres do Estado. Do mesmo modo, o item 4.1 da Norma Regulamentadora 4 (NR-4), que trata dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), prevê que todas as empresas que adotam o regime celetista nas suas relações de trabalho devem manter esses serviços, que têm a “finalidade de **promover a saúde** e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho” (BRASIL, 2021b) (grifou-se).

Ora, sendo a vigilância em saúde uma estratégia que depende da coleta de dados, não há como afastar o dever das empresas em contribuir nessas ações de Saúde Pública, especialmente diante da emergência sanitária decorrente da pandemia. À obviedade, há dever empresarial de dar cumprimento às normas sanitárias (art. 154, CLT, e art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.080/1990), cumulado com a obrigação de implementar as estratégias de vigilância epidemiológica nos ambientes de trabalho, sem prejuízo de proceder à notificação de doenças. De outra parte, cabe aos entes que compõem o Sistema Único de Saúde, dentro de suas atribuições, a

⁵BONITA, R.; BEALEHOLE, R.; KJELLSTRÖM, T. *Epidemiologia básica*. São Paulo: Santos Ed., 2010, p. 127.

“fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas” (art. 6º, § 3º, inciso VI, da Lei n. 8.080/1990) (BRASIL, 1990). Claro, portanto, que os serviços de saúde, SESMT e os profissionais de saúde que executam as medidas previstas no PCMSO, sujeitam-se à ação fiscalizatória das vigilâncias municipais e estaduais.

No contexto da pandemia da Covid-19, diante da inexistência de tratamento farmacológico eficaz ou de vacinas em quantidade suficiente para promover a imunização de toda a população, as medidas não farmacológicas despontam como a mais eficiente resposta precaucionista e racional para a interrupção da transmissão do agente biológico e, em última análise, para salvar milhares de vidas de trabalhadores e seus familiares. Remanescem, portanto, ainda intactas, as mesmas medidas preconizadas desde o início da crise, quais sejam, rastrear, testar, diagnosticar, isolar e tratar das pessoas infectadas⁶. Diante desse quadro, as estratégias de vigilância à saúde são cruciais para conter a transmissão do vírus SARS-CoV-2 nos ambientes de trabalho, e, para serem bem-sucedidas, dependem da colaboração e observância, pelas empresas, das normas sanitárias e de vigilância epidemiológica.

4.1 Vigilância sanitária

A Cartilha de vigilância sanitária do Ministério da Saúde assenta que esta deve ser entendida como um conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e da circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

- 1 - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas de processo, da produção ao consumo;
- 2 - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde. (BRASIL, 2002, p. 10).

Interações havidas no meio ambiente do trabalho têm influência direta na qualidade de vida e na saúde do trabalhador, e estão focalizadas não apenas nos aspectos físicos do meio ambiente do trabalho, mas também na forma como o trabalho se desenvolve e se organiza, devendo ser acompanhadas e monitoradas pela Vigilância Sanitária.

⁶[...] That means that countries have the workforce and the ability to detect, to test, to isolate, to care for cases [...]. Declaração da Dra. Maria Van Kerkhove (00:58:17). (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020a).

A Covid-19, sem dúvida, trouxe severos impactos na atividade econômica nacional. Parte das estratégias de enfrentamento passam justamente pela abertura ou fechamento de estabelecimentos, de acordo com a sua essencialidade para a manutenção da sociedade. No particular, a pandemia não poupou nenhuma atividade econômica, pois nenhuma delas pode declarar-se isenta do risco. Tanto assim que a elaboração e a implementação de plano de contingenciamento tornaram-se obrigatórias para praticamente todos os empreendimentos, como condicionante para o seu funcionamento no contexto da pandemia.

Embora cuidem de dever de cunho sanitário, por contemplarem sério e atual risco biológico associado à transmissão do vírus SARS-CoV-2, a interface entre o Direito Sanitário e as Normas Regulamentadoras recomenda a integração com o Programa de Proteção de Riscos Ambientais (PPRA) das empresas, nos termos da Norma Regulamentadora 9 (NR-9). Ao tratar dos objetivos do programa preventivista que disciplina, a NR-9 prescreve o seguinte:

9.1.1 Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, **visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho**, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais. (BRASIL, 2021c). (Grifou-se).

O subitem 9.1.5 reconhece que o risco biológico merece ser considerado entre os riscos ambientais.

Em suma, é a partir do reconhecimento do risco biológico no PPRA nas empresas (subitem 9.3.3, alínea “a” da NR-9) que será feita:

9.3.3 [...]

[...]

- b) a determinação e localização das possíveis fontes geradoras;
- c) a identificação das possíveis trajetórias e dos meios de propagação dos agentes no ambiente de trabalho;
- d) a identificação das funções e determinação do número de trabalhadores expostos;
- e) a caracterização das atividades e do tipo da exposição;
- f) a obtenção de dados existentes na empresa, indicativos de possível comprometimento da saúde decorrente do trabalho;

- g) os possíveis danos à saúde relacionados aos riscos identificados, disponíveis na literatura técnica;
- h) a descrição das medidas de controle já existentes. (BRASIL, 2021c).

Portanto, é cristalina a necessidade de previsão do risco biológico nos PPRA e a sua integração com os planos de contingenciamento exigidos pelas autoridades sanitárias. O PPRA é o programa que registra o histórico de riscos de um estabelecimento. Não pode, portanto, deixar de registrar o risco patente, sério e atual, presente nos ambientes de trabalho decorrente da maior crise sanitária mundial deste século.

4.2 Vigilância epidemiológica

Segundo Almeida Filho e Rouquayrol (1990), a epidemiologia tem por objeto o estudo das ocorrências de saúde-doença em massa, ou seja, aquelas que envolvem número considerável de pessoas, as quais são agregadas em sociedades, coletividades, comunidades, grupos demográficos, classes sociais ou outros coletivos de seres humanos⁷. Destacam os mesmos autores:

A Epidemiologia tem sido tradicionalmente definida como a ciência que estuda a distribuição das doenças e suas causas em populações humanas. Modernamente, a ciência epidemiológica vem ampliando o seu importante papel na consolidação de um saber científico sobre a saúde humana, seus determinantes e suas conseqüências, subsidiando largamente as práticas de saúde pública, em três aspectos principais. Em primeiro lugar, a disciplina desenvolve tecnologias efetivas para o chamado diagnóstico de saúde da comunidade, fornecendo subsídios para o planejamento e a organização das ações de saúde. Em segundo lugar, a investigação epidemiológica possibilita o avanço do conhecimento sobre os determinantes do processo saúde/doença, tal como ocorre em contextos coletivos, contribuindo para o avanço correspondente no conhecimento etiológico-clínico. Em terceiro lugar, a metodologia epidemiológica pode ser empregada na avaliação de programas, atividades e procedimentos preventivos e terapêuticos, tanto no que se refere a sistemas de prestação de serviços quanto a impacto das medidas de saúde na população. (ALMEIDA FILHO; ROUQUAYROL, 1990, p. 1).

⁷ALMEIDA FILHO, Naomar; ROUQUAYROL, Maria Zélia. **Introdução à epidemiologia moderna**. Salvador, Rio de Janeiro: Apce Produtos do Conhecimento, 1990, p. 2.

Diante de uma pandemia produzida por um vírus sobre o qual a ciência, ao menos no cenário atual, tem conhecimento limitado, a vigilância epidemiológica torna-se fundamental para contribuir nesse novo saber, bem como na efetividade das ações de defesa da saúde e da vida humana. Note-se que a vigilância epidemiológica não se restringe à coleta de dados. Também se presta a analisar os fatores que podem indicar padrões de transmissão nos ambientes de trabalho, distribuição espacial nos setores de trabalho, entre outros. Essas análises auxiliam no conhecimento do processo saúde/doença, fornecendo elementos valiosos para o planejamento e a organização de medidas de prevenção e de intervenção nos ambientes laborais.

Como já tratado anteriormente, a vigilância epidemiológica não é estranha na gestão da segurança e saúde no meio ambiente de trabalho. Há muito tempo a abordagem clínico-epidemiológica, o rastreamento e a intervenção precoce nos ambientes de trabalho, de forma a atuar preventivamente na proteção da saúde do trabalhador, são contemplados no texto da NR-7 vigente. Da mesma forma, integram o novo texto da NR-7, no qual, inclusive, as estratégias de vigilância epidemiológica estão detalhadas.

No caso da Covid-19, a notificação é obrigatória e todos os profissionais de saúde ou unidades de saúde públicas ou privadas devem realizar a notificação nos sistemas próprios. Essa obrigação, por óbvio, também é de atribuição do médico coordenador do PCMSO. Contudo, os profissionais de saúde que dirigem tais programas não podem e não devem ignorar a importância da vigilância epidemiológica no próprio gerenciamento desses programas, inclusive para fins de emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) (item 7.4.8 da NR-7) e de notificação no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) (Portaria de Consolidação MS n. 4, de 28 de setembro de 2017, anexo V, Capítulo I).

Corroborando essa assertiva, de que as estratégias de vigilância são há muito reconhecidas como parte importante para a promoção do equilíbrio labor-ambiental, destacamos o preceito contido no art. 15 da Convenção 161 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada no Brasil pelo Decreto n. 127, de 22 de maio de 1991:

Art. 15 - Os serviços de saúde no trabalho devem ser informados dos casos de doença entre os trabalhadores e das faltas ao serviço por motivos de saúde, a fim de estarem aptos a identificar toda relação que possa haver entre as causas da doença ou da falta e os riscos à saúde que possam existir no local de trabalho.

O pessoal que prestar serviços de saúde no trabalho não deverá ser instado, pelo empregador, no sentido de averiguar o fundamento ou as razões de faltas ao serviço. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2021).

Ao enfatizar a necessidade de que os serviços de saúde no trabalho venham a ser informados sobre as doenças entre os trabalhadores e as faltas ao serviço por motivos de saúde, alertando que a finalidade dessa medida não é a averiguação do fundamento ou das razões de faltas ao serviço, fica claro que a OIT destacou a importância da vigilância epidemiológica no meio ambiente de trabalho.

5 CONCLUSÃO

A Covid-19 não teve os impactos circunscritos aos ambientes comunitários. Esses impactos foram claramente observados nos ambientes de trabalho e vice-versa, deixando clara a interconexão e a unidade do meio ambiente. Assim como é impossível fragmentar o meio ambiente, também não é possível fragmentar a saúde e as ações de proteção e prevenção. Ao contrário, tal posicionamento vem gerando interpretação insuficiente e em descompasso com o mundo real, abstendo-se da natureza sistêmica, integrada e complexa da própria realidade. O trabalhador e a trabalhadora que frequentam o ambiente intramuros de uma indústria são os mesmos que vivem em uma comunidade, têm relações familiares e sociais fora do ambiente de trabalho. Não há empecilho, portanto, para que os dados de saúde dessas trabalhadoras e desses trabalhadores venham a ser levantados pelos SESMTs e pela coordenação do PCMSO das organizações empresariais, que devem dar enfoque epidemiológico para o contingenciamento do risco biológico nos ambientes de trabalho, na forma prevista na NR-7 e na Lei n. 8.080/1990. Do mesmo modo, nada impede e tudo recomenda que esses dados sejam compartilhados com a Saúde Pública, para otimizar as políticas nacionais voltadas à saúde coletiva.

Não pode existir uma ciência médica e princípios de saúde coletiva a apoiar as ações de saúde pública e outra ciência médica e outros princípios de saúde coletiva voltados para a gestão de riscos e para a saúde dos trabalhadores nos ambientes de trabalho. Esse nível de fragmentação vem, há tempos, trazendo prejuízos à saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras brasileiras, não encontrando suporte lógico, científico ou jurídico a justificar sua manutenção e sua aplicação, em especial numa situação de pandemia.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Hermano Castro *et al.* Reflexões sobre testes para COVID-19 e o dilema do passaporte da imunidade. **ENSP/Fiocruz**, Rio de Janeiro, 9 jun. 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/45011/2/TestesCOVIDPasspImunidade.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ALIAGA, Márcia Kamei López; LEIVAS, Luciano Lima. Ministério Público do Trabalho: resolutividade na proteção à segurança e saúde do trabalhador e da trabalhadora. **Revista do DIESAT**, São Paulo, n. 46, 2021.

ALMEIDA FILHO, Naomar; ROUQUAYROL, Maria Zélia. **Introdução à epidemiologia moderna**. Salvador, Rio de Janeiro: Apce Produtos do Conhecimento, 1990.

BONITA, R.; BEALEHOLE, R.; KJELLSTRÖM, T. **Epidemiologia básica**. São Paulo: Santos Ed., 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária Anvisa. **Cartilha de Vigilância Sanitária**. 2. ed. Brasília: NESP/CEAM/UnB, ago. 2002. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_vigilancia.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Guia de vigilância epidemiológica. Emergência de saúde de importância nacional pela doença coronavírus 2019 - Covid-19**. Brasília, versão 3, 15 mar. 2021d. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/>

guias-e-planos/guia-de-vigilancia-epidemiologica-covid-19/view.
Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Proteção da Camada de Ozônio**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/protacao-da-camada-de-ozonio.html>. Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora 4 - Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho. **Guia Trabalhista**, Curitiba, 2021b. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr4.htm>.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora 7 - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO. **Guia Trabalhista**, Curitiba, 2021a. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr7.htm>.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora 9 - Avaliação e Controle das Exposições Ocupacionais a Agentes Físicos, Químicos e Biológicos. **Guia Trabalhista**, Curitiba, 2021c. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr9.htm>.

GOMES, Ana Luisa Bessa Bacelar. **Desafios metodológicos da análise espacial aplicada à investigação de surtos epidêmicos**. 2018. 101 f. Tese (Doutorado em Ciências)-Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Osvaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/46209/2/ana_luisa_bessa_bacellar_gomes_ensp_dout_2018.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

GOMEZ, Carlos Minayo; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel; MACHADO, Jorge Mesquita Huet. Saúde do trabalhador: aspectos históricos, avanços e desafios no Sistema Único de Saúde. **Ciências & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, 2018.

LACAZ, Francisco Antônio de Castro *et al.* Movimento da Reforma Sanitária e Movimento Sindical da Saúde do Trabalhador: um desencontro indesejado. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 8 (ed. especial), dez. 2019.

MELO, Karine. CMF diz no Senado que não aprova tratamento precoce contra covid-19. **Agência Brasil**, Brasília, 19 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-04/cfm-diz-no-senado-que-nao-aprova-tratamento-precoce-contra-covid-19>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MENDES, René; DIAS, Elizabeth Costa. Da medicina do trabalho à saúde do trabalhador. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 25, p. 341-349, 1991.

MORAWSKA, Lidia; MILTON, Donald K. It Is Time to Address Airborne Transmission of Coronavirus Disease 2019 (Covid-19). Invited commentary. **Clinical Infectious Diseases**, v. 71, I. 9, Oxford University Press, Oxford, 2020. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5529338/mod_resource/content/1/artigo%20sobre%20transmiss%C3%A3o%20SARS-COV-2.pdf.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenções. C161: Serviços de Saúde do Trabalho. **OIT Brasília**, Brasília, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236240/lang-pt/index.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Recomendações sobre o uso de máscaras no contexto da Covid-19**: orientações provisórias. Genebra, 5 jun. 2020. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332293/WHO-2019-nCov-IPC_Masks-2020.4-por.pdf?sequence=33&isAllowed=y. Acesso em: 10 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Regulamento Sanitário Internacional (RSI)**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/regulamento-sanitario-internacional-rsi>.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Testes de diagnóstico para SARS-CoV-2**: guia provisória. Brasília, 11 set. 2020a. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52913/OPASWBRAPECOVID-1920129_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Transmissão do SARS-CoV-2**: implicações para as precauções de prevenção de infecção. Resumo científico. Brasília, 9 jul. 2020b. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52472/OPASWBRACOVID-1920089_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 abr. 2021.

UNITED KINGDOM. Department of Health & Social Care. Guidance. **Coronavirus (COVID-19) workplace testing**: guidance for private-sector employers and third-party healthcare providers. London, 26 Feb. 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-covid-19-testing-guidance-for-employers/>

coronavirus-covid-19-testing-guidance-for-employers-and-third-party-healthcare-providers#options-for-workforce-testing. Acesso em: 10 abr. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Center for Disease Control and Prevention CDC. Covid-19. **Interim guidance for SARS-CoV-2 testing in non-healthcare workplaces**. Washington, DC, 17 Mar. 2021. Disponível em: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/community/organizations/testing-non-healthcare-workplaces.html#print>. Acesso em: 10 abr. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Center for Disease Control and Prevention CDC. Covid-19. **Scientific Brief: SARS-CoV-2 and potential airborne transmission**. Washington, DC, 5 Oct. 2020. Disponível em: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/science/science-briefs/scientific-brief-sars-cov-2.html>. Acesso em: 10 abr. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Advice on the use of masks in the context of Covid-19: interim guidance**. Geneva, 6 Apr. 2020b. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331693/WHO-2019-nCov-IPC_Masks-2020.3-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 abr. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Advice on the use of masks in the context of Covid-19: interim guidance**. Geneva, 5 June 2020c. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332293/WHO-2019-nCov-IPC_Masks-2020.4-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 abr. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Contact tracing in the context of Covid-19: interim guidance**. Geneva, 10 May 2020d. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332049/WHO-2019-nCoV-Contact_Tracing-2020.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 abr. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Contact tracing in the context of Covid-19: interim guidance**. Geneva, 1º Feb. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19>. Acesso em: 10 abr. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Covid-19: Virtual Press conference**. [S. l.], 13 May 2020a. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-pressconference-13may2020.pdf?sfvrsn=ee0d2cde_2. Acesso em: 12 abr. 2021.

COVID-19 E PROTEÇÃO FACIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: PFF2 para todos?

COVID-19 AND CONSTITUTIONALLY ADEQUATE FACE PROTECTION: PFF2 for everyone?

RIBEIRO, Priscila Maria*
KIRTSCHIG, Guilherme**

Resumo: O objetivo geral deste artigo consiste em avaliar qual a proteção facial adequada a ser fornecida aos trabalhadores por parte dos tomadores de sua atividade no contexto da pandemia de Covid-19, tendo em vista o Direito Fundamental à Redução dos Riscos Inerentes ao Trabalho e o Princípio da Precaução. Como objetivos específicos, busca-se apresentar um panorama das recentes descobertas sobre a transmissão do vírus, examinar brevemente as respostas à pandemia, emergentes no Direito brasileiro, quanto à proteção facial dos trabalhadores, e, finalmente, analisar sua compatibilidade com a Constituição brasileira e propor as pertinentes releituras. Em considerações finais, propõe-se que a proteção constitucionalmente adequada seja o respirador N95 ou PFF2.

Palavras-chave: Covid-19. Proteção facial. Direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Princípio da precaução. Respirador N95 ou PFF2.

*Procuradora do Trabalho lotada na Procuradoria do Trabalho no Município de Joinville - Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região, Santa Catarina. Vice representante regional da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho. Integrante do Grupo Nacional de Trabalho de Fações de Vestuário do MPT. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

**Procurador do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região, Paraná. Vice Coordenador do Grupo Nacional de Trabalho de Nanotecnologia do MPT. Integrante do Grupo Nacional de Estudos de Tecnologia e Diversidade do MPT. Doutorando em Ciência Jurídica pela Univali e pela Universidad de Alicante. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidad de Castilla-La Mancha.

Abstract: This paper aims to evaluate which facial protection should be provided to workers, in the context of the Covid-19 pandemic, considering their fundamental right to workplace risk mitigation, as stated by the Brazilian Constitution, and the precautionary principle. As specific objectives, it purports to present a panorama of recent discoveries regarding the virus' transmission, briefly examine Brazilian legal responses to the pandemic, regarding workers' facial protection, and, finally, to analyse their compatibility with the Brazilian Constitution and propose their re-examination. In final considerations, its proposed that N95 or PFF2 respirators are the constitutionally adequate facial protection to be provided.

Keywords: Covid-19. Facial protection. Fundamental right to workplace risk mitigation. Precautionary principle. N95 or PFF2 respirators.

1 INTRODUÇÃO

Decorrido aproximadamente um ano e meio desde o reconhecimento, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), da pandemia de Covid-19, muito já se aprendeu acerca de várias questões relacionadas à doença e seu agente etiológico. Uma das mais importantes constatações epidemiológicas diz respeito à transmissibilidade do SARS-CoV-2 por meio de aerossóis.

O presente artigo visa examinar brevemente as descobertas científicas nesse sentido, tomando em conta o atual contexto de crescente liberalização das atividades laborais, com o conseqüente aumento na mobilidade e no contato social decorrente das relações de trabalho.

Além disso, busca-se analisar as respostas emergentes do Direito brasileiro no tocante à proteção dos trabalhadores frente aos fatores de risco da Covid-19, especialmente a proteção facial à luz dessas informações e, também, frente às exigências que a Constituição brasileira impõe no tocante ao resguardo dos obreiros em relação aos riscos inerentes ao trabalho.

Propõem-se, a partir desse conjunto, as necessárias releituras do aparato normativo vigente, de modo a proporcionar uma construção adequada da solução jurídica dos problemas concernentes à proteção facial dos trabalhadores.

2 A PROPAGAÇÃO DO SARS-COV-2 POR AEROSSÓIS

Aerossóis infecciosos são partículas contendo patógenos capazes de permanecer em suspensão no ar, as quais, se forem de dimensão

igual ou inferior a 5 micrômetros, podem perdurar indefinidamente nessa condição, até que sejam dispersadas por ventilação ou correntes de ar (FENNELLY, 2020, p. 914).

Já em maio de 2020, Bourouiba (p. 1837-1838) sugeria que os modelos de transmissibilidade de doenças respiratórias, desenvolvidos nos anos 1930, desconsideravam importantes descobertas relacionadas à emissão de patógenos por parte de indivíduos infectados, em nuvens turbulentas de gases contendo partículas de diversas dimensões, com capacidade de transportar os agentes infecciosos por distâncias também diversas, e perdurar suspensas por tempos variados nos ambientes. A autora defendia que essas descobertas impactavam significativamente as decisões relativas a medidas de contenção da Covid-19 relacionadas com as restrições de atividades e o distanciamento social.

A Organização Mundial de Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020a) reconheceu a transmissão por aerossóis em julho de 2020, utilizando as denominações aerossóis (*aerosols*) ou núcleos de gotículas (*droplet nuclei*) para se referir a partículas com dimensão inferior a 5 micrômetros, e gotículas (*droplets*) para aquelas com dimensões entre 5 e 10 micrômetros.

Na época, a OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020a) assentava que esse modo de transmissão ocorria por ocasião dos denominados “procedimentos geradores de aerossóis”, tais como intubação, traqueostomia e ressuscitação cardiopulmonar (KLOMPAS; BAKER; RHEE, 2021, p. 113-114).

No entanto, já nesse comunicado inicial, a OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020a) aludia à existência de artigos científicos indicando a transmissão por aerossóis em situações normais de respiração e fala, bem como detecção de patógenos em amostras de ar colhidas em ambientes nos quais não havia a execução de quaisquer “procedimentos geradores de aerossóis”. Nesse caso, bastaria a concentração e permanência de indivíduos em quaisquer ambientes fechados e com pouca ventilação para ocorrer a infecção pelos patógenos que estivessem em suspensão nesses locais.

A última atualização disponível das informações gerais da OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020a) sobre a transmissão do vírus, datada de 30 de abril de 2021, revela o robustecimento das hipóteses nesse sentido mais amplo, e a incorporação dessas constatações ao consenso científico. No informe, a Organização assenta que a transmissão por aerossóis ocorre em ambientes fechados com grande concentração de pessoas, nos quais estas tendem a passar longos períodos de tempo. Como se pode perceber, já não há a restrição desse modo de transmissão aos ambientes nos quais são executados “procedimentos geradores de aerossóis”.

Também o Centro para Controle de Doenças dos Estados Unidos da América (CDC) incorporou as conclusões desses estudos em suas diretivas, ao informar:

People release respiratory fluids during exhalation (e. g., quiet breathing, speaking, singing, exercise, coughing, sneezing) in the form of droplets across a spectrum of sizes. [...] These droplets carry virus and transmit infection.

The largest droplets settle out of the air rapidly, within seconds to minutes.

The smallest very fine droplets, and aerosol particles formed when these fine droplets rapidly dry, are small enough that they can remain suspended in the air for minutes to hours. (CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, 2021).¹

Diante da transmissão por aerossóis, a distância mínima de 6 pés (cerca de 1,83m) entre indivíduos, anteriormente recomendada pelo próprio CDC para que as gotículas projetadas por uma pessoa não atingissem outras, já não pode ser reputada suficiente para conter a transmissão da doença (CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, 2021). Os aerossóis permanecem em suspensão durante horas, e se deslocam muito mais que a distância aludida (PRATHER; WANG; SCHOOLEY, 2020, p. 1422-1424)².

São intensas as repercussões dessas constatações, no tocante às situações sociais de trabalho.

Enquanto as gotículas têm vida curta, os “procedimentos geradores de aerossóis” são executados em ambientes laborais restritos, encontrados em serviços de saúde, locais fechados e com grande número de pessoas, nos quais estas permanecem por longos períodos de tempo - são a realidade da quase totalidade dos ambientes de trabalho urbanos no mundo, inclusive no Brasil.

Não obstante essa realidade, o Boletim Epidemiológico da OMS, datado de 13.7.2021 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021b), indica a intensificação das pressões sofridas pelos governos nacionais

¹Em tradução livre dos autores: “As pessoas liberam fluidos respiratórios durante a exalação (por exemplo, respiração silenciosa, fala, canto, exercício, tosse e espirro) na forma de gotículas, com dimensões variadas, compreendidas dentro de um espectro. Essas gotículas transportam vírus e transmitem infecções. As maiores gotículas se precipitam rapidamente para fora do ar, em um lapso de segundos a minutos. As menores e mais finas, e as partículas de aerossóis formadas quando essas gotículas finas rapidamente secam, são suficientemente pequenas para permanecer em suspensão no ar entre minutos e horas”.

²O artigo cita estudos segundo os quais a distância pode chegar a 8m.

para o levantamento das Medidas Sociais e de Saúde Pública (Public Health and Social Measures - PHSM) destinadas à contenção do vírus, entre as quais se encontram a imposição de distanciamento social e o controle do fluxo de pessoas, inclusive aquele relacionado com a execução de atividades laborais³.

A Organização registra um incremento da mobilidade, das reuniões, dos encontros e das aglomerações em variadas escalas, e registra preocupações com as avaliações impróprias de risco nessas situações, as quais contribuem para a disseminação do vírus e para a emergência de novas variantes, inclusive com possível escape vacinal (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021b).

Considerando-se que as respostas estatais à pandemia, pelo menos no caso de Estados Democráticos de Direito, dependem do enquadramento jurídico das questões envolvidas nos impactos sanitários, sociais, econômicos e éticos da pandemia, considera-se pertinente examinar como o Direito vem reagindo ao quadro multifacetado exposto acima, no qual convivem a crescente consistência científica da hipótese de transmissão do vírus por atos comuns de respiração e fala, e a não menos intensificada liberalização de situações de sociabilização, inclusive para fins de trabalho.

No exame, serão destacadas as situações de trabalho no Direito brasileiro.

3 RISCO RESPIRATÓRIO, DISTANCIAMENTO E PROTEÇÃO FACIAL: o enfrentamento dos fatores de risco da Covid-19 no Direito brasileiro

No início da pandemia, as PHSM adotadas pelos Estados nacionais chamavam a atenção pelo rigor, impactando fortemente nas relações de trabalho. O confinamento, inclusive de trabalhadores, e o fechamento dos seus locais de atividade associavam-se à preservação da capacidade de resposta, à pandemia, dos sistemas de saúde dos países atingidos, visando assim evitar que entrassem em colapso (PÉREZ TAPIAS, 2020).

A retomada das atividades laborais presenciais, no entanto, não demorou a surgir no âmbito de discussões da própria OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020c), da Organização Internacional

³Nesse sentido, *vide* o documento emitido pela OMS em 14 de junho de 2020 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020b).

do Trabalho (OIT) (2020a; 2020b) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2020).

No Brasil, intensas disputas políticas envolveram a adoção das medidas do tipo PHSM, “[...] desconstruídas e desarticuladas entre o Governo Federal, Distrito Federal, Estados e Municípios [...]” (ZANCO; MELLO; PEREIRA, 2020, p. 86-87), cujo exame detalhado o espaço deste artigo não comporta⁴.

De todo modo, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 6341, a competência concorrente dos Estados e Municípios em relação à União para a adoção de medidas administrativas e legislativas destinadas ao enfrentamento da pandemia (ZANCO; MELLO; PEREIRA, 2020, p. 89-90).

Exararam-se, assim, atos estaduais e municipais de distinto teor, mas incluindo, de modo geral, restrições a atividades econômicas - e, via de consequência, laborais - segundo o critério de sua essencialidade, e de acordo com matrizes que estabelecem distintos graus de risco sanitário, conforme o número de casos e a ocupação de leitos hospitalares, o distanciamento social nos locais cujo funcionamento foi permitido, e a exigência de uso de proteção facial (ZANCO; MELLO; PEREIRA, 2020, p. 88; BORTOLOTO; GIACOMET; CALGARO, 2020, p. 195).

Ao longo da evolução da pandemia, as restrições sofreram constante modulação, observando-se, recentemente, uma tendência mais permissiva, acompanhando o movimento aludido no boletim da OMS referenciado acima⁵.

Na seara federal, a Lei n. 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020, contemplava medidas a serem implementadas pelo poder público para arrostar a pandemia. O diploma franqueava às autoridades públicas

⁴Um resumo bastante completo dos desencontros entre os Poderes da República, e das vicissitudes do combate à pandemia no Brasil, em seus momentos iniciais, pode ser encontrado em ZANCO; MELLO; PEREIRA, 2020.

⁵À guisa de exemplo, podem-se comparar os atos exarados no Estado de Santa Catarina ao longo da pandemia: o Decreto n. 515/2020, de 17.3.2020, proibiu o exercício de atividades públicas ou privadas não essenciais, e qualificou como essenciais apenas 9 categorias de atividades; o Decreto n. 525/2020, de 23.3.2020, ampliou as permissões relacionadas a serviços para incluir agências bancárias e lotéricas, e incluiu as atividades industriais desde que limitadas a 50% do quantitativo de trabalhadores por turno de trabalho; o Decreto n. 562/2020, de 17.4.2020, permitiu as atividades industriais sem qualquer restrição e em qualquer matriz de risco sanitário, e o Decreto n. 1.371/2021 eliminou as restrições de horários para o exercício de quaisquer atividades públicas ou privadas, e determinou o restabelecimento das atividades presenciais no âmbito da própria administração pública. *Vide*: SANTA CATARINA, 2020a; SANTA CATARINA, 2020b; SANTA CATARINA, 2020c e SANTA CATARINA, 2021. Cabe observar que cada movimento na direção da liberalização de atividades, evidentemente, implica maior número de trabalhadores em deslocamento, utilização de transporte público e permanência coletiva por longos períodos em ambientes de trabalho fechados.

a imposição de distintos graus de isolamento social, porém não a exigência de uso obrigatório de proteção facial (BRASIL, 2020a). Ele sofreu modificação em junho de 2020, através da Lei n. 14.035/2020 (BRASIL, 2020b), para incorporar tal possibilidade.

Além dessas diretrizes gerais, o Ministério da Economia e o Ministério da Saúde publicaram, em junho de 2020, a Portaria Conjunta n. 20/2020, estabelecendo medidas a serem adotadas pelos empregadores para “[...] prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da Covid-19 nos ambientes de trabalho” (BRASIL, 2020c). As providências incluem a observância do distanciamento social e da redução de contato entre os trabalhadores, mantendo-se o afastamento mínimo de 1 metro entre eles, ou entre os trabalhadores e o público (BRASIL, 2020c)⁶.

A portaria também impôs a revisão das diretrizes de proteção dos trabalhadores em face dos riscos gerados pela Covid-19, inclusive quanto aos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) (BRASIL, 2020c)⁷. Ela preconiza a obrigatoriedade de fornecimento e exigência de uso de máscaras de tecido ou cirúrgicas, embora estatua que estas não são consideradas EPIs, nos termos da Norma Regulamentadora pertinente (NR-6), e não substituem os Equipamentos de Proteção Respiratória, quando indicado o seu uso (BRASIL, 2020c)⁸.

A saúde dos trabalhadores também foi objeto da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao editar a sua Nota Técnica n. 4/2020 (BRASIL, 2020d), embora somente daqueles em atividade nos serviços de saúde. Entre as diretrizes a serem observadas por organizações desse jaez, há indicação de distanciamento social mínimo de 1 metro, além do uso de proteção facial consistente em máscaras cirúrgicas, ou respiradores do tipo N95 ou PFF2 em ambientes nos quais são realizados “procedimentos geradores de aerossóis”⁹.

A crescente liberalização do desenvolvimento de atividades econômicas e o conseqüente fluxo e acesso dos obreiros aos ambientes de trabalho, associados à continuidade da pandemia, com elevado número de casos e óbitos, também não passaram despercebidos ao Ministério Público do Trabalho.

Entre as medidas propugnadas pelo órgão para promover adequada vigilância epidemiológica e sanitária, evitando a proliferação da Covid-19 nos ambientes de trabalho, encontra-se a incorporação dos mecanismos de rastreamento e diagnóstico da doença, e de prevenção

⁶Vide item 4, e seus subitens, do Anexo I da Portaria.

⁷Vide item 7, e seus subitens, do Anexo I da Portaria.

⁸Vide item 7, e seus subitens, do Anexo I da Portaria. Relativamente à Norma Regulamentadora 6, vide BRASIL, 2018a.

⁹É o que consta, por exemplo, do Quadro I da Nota Técnica. Cf. BRASIL, 2020d, p. 40-48.

de sua transmissão, nos programas obrigatórios de controle de riscos ambientais e saúde ocupacional implementados pelos empregadores (BRASIL, 2020e).

Embora essa nota não se refira especificamente à proteção facial ou ao distanciamento entre trabalhadores, ela pressupõe a incorporação do risco biológico Covid-19 às rotinas de prevenção, eliminação e mitigação de riscos já existentes no arcabouço de saúde ocupacional do Direito brasileiro, a partir do art. 200 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como, por exemplo, as Normas Regulamentadoras 6 (relativa aos Equipamentos de Proteção Individual), 7 (relativa ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) e 9 (relativa ao Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), esta última incluindo medidas coletivas, organizacionais (como a distribuição de postos de trabalho no ambiente) e individuais (como o fornecimento de EPIs) para o enfrentamento dos fatores de risco existentes nos ambientes de trabalho (cf. BRASIL, 1943; BRASIL, 2018b, e BRASIL, 2020f).

Conquanto o quadro jurídico exposto permita entrever consonância entre as descobertas científicas relativas à transmissão do SARS-CoV-2 e os fatores de risco para tanto, especialmente as várias formas de contato social, também é possível notar um hiato concernente aos fortes indicativos expostos no item anterior, concernentes à transmissão do vírus através de aerossóis infecciosos.

Primeiramente, porque a distância interpessoal de 1,83m não é suficiente para prevenir a transmissão nessa modalidade, já que, como visto, os aerossóis deslocam-se a distâncias maiores e permanecem por um longo tempo em suspensão no ar. Evidentemente, a separação de apenas 1m é ainda menos adequada.

Além disso, a proteção facial eficaz contra aerossóis infecciosos é de uma modalidade muito específica: os respiradores N95 (na denominação norte-americana) ou PFF2 (na denominação brasileira), os quais, ao contrário das máscaras cirúrgicas ou de tecido, são Equipamentos de Proteção Individual nos termos da NR-6.

Observe-se que, segundo a própria Nota Técnica n. 4 da Anvisa, esses equipamentos apresentam eficácia de 95% na filtração de partículas de até 0,3 micrômetros, portanto, são capazes de captar os aerossóis infecciosos com dimensão inferior a 0,5 micrômetros e evitar sua inalação (BRASIL, 2020d, p. 51). Em outro documento, neste caso um informativo sobre proteções faciais contra o vírus, a Anvisa assenta que:

Os respiradores, além de reter gotículas, protegem contra aerossóis contendo vírus, bactérias e fungos, a depender de sua classificação. [...] para proteção contra aerossóis contendo agentes biológicos, o respirador

deve ter um filtro com aprovação mínima PFF2/P2 ou N95. (BRASIL, 2020g).

No mesmo sentido a Nota Informativa expedida pelo Ministério da Saúde, segundo a qual,

[...] as máscaras de proteção respiratória (Respirador particulado - N95/PFF2 ou equivalente) são EPI projetados para filtrar pelo menos 95% das partículas de até 0,3 μ que entram em contato com o respirador. (BRASIL, 2020h).

Desse modo, se, por um lado, as atividades laborativas retomaram ou estão retomando, em grande parte, as suas características habituais, ou seja, grandes fluxos de trabalhadores deslocando-se, por meio do transporte coletivo, para ambientes de trabalho nos quais permanecem por várias horas, junto a um grande número de outras pessoas, e, por outro, a pandemia segue seu curso, provocando adoecimentos, internações hospitalares e mortes, associados precisamente a quadros de contato social como os mencionados, é certo que o agente etiológico da Covid-19 é um fator de risco laboral que deve ser enfrentado com medidas eficazes.

É válido questionar, assim, qual a compreensão constitucionalmente adequada da proteção facial a ser provida ao trabalhador, considerando-se o caráter da proteção jurídica ao Meio Ambiente de Trabalho. Essa discussão será enfocada no próximo tópico.

4 A COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA PROTEÇÃO FACIAL A SER FORNECIDA AOS TRABALHADORES

O Meio Ambiente do Trabalho é o *habitat* laboral do ser humano, incluindo, em interação sistêmica centralizada no trabalhador, as condições de trabalho, a organização do trabalho e as relações sociais, culturais e interpessoais desenvolvidas no contexto laborativo, qualquer que seja a natureza do vínculo jurídico mediante o qual a atividade ocorra (cf. PADILHA, 2010, p. 137-149, e MARANHÃO, 2016, p. 90-93).

É ampla a proteção oferecida pelo Ordenamento Jurídico a essa estrutura, tanto que ela chega a ser qualificada, por Ney Maranhão, como um “majestoso estuário” (MARANHÃO, 2016, p. 102).

Destaca-se o disposto no inciso XXII do art. 7º da Constituição Brasileira, que expressamente dispõe consistir em direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, essa disposição implica o denominado risco mínimo regressivo, ou seja, dever fundamental, do tomador de trabalho, de buscar eliminar totalmente os riscos existentes nos respectivos ambientes, e, quando isso não for possível, reduzi-los progressivamente ao mínimo, de acordo com os conhecimentos da época (OLIVEIRA, 2010, p. 124).

Importante ressaltar, ainda, que a proteção ao Meio Ambiente de Trabalho, como a de qualquer outra dimensão desse bem jurídico, norteia-se pelo Princípio da Precaução, o qual igualmente ostenta assento constitucional, decorrendo do *caput* do art. 225 da Constituição Brasileira, bem como dos incisos V e VII do § 1º do mesmo artigo (LOPEZ, 2010, p. 229; EBERT, 2020, p. 286)¹⁰.

Esse princípio comanda uma:

[...] abordagem cautelosa de fatores de Risco, potencialmente transformáveis em Danos sérios e irreversíveis a Bens Jurídicos de elevada importância, e em relação aos quais haja incerteza científica; de modo a antecipar e gerir os Riscos de tais Danos, e solucionar os dissensos quanto à tolerabilidade deles, orientando decisões a esse respeito. (KIRTSCHIG, 2021, p. XXII).

A combinação desses princípios permite vislumbrar a emergência da Responsabilidade Civil do tomador do trabalho em sua modalidade preventiva, ou seja, voltada à imposição de medidas destinadas a afastar riscos injustos nos ambientes de trabalho, assim entendidos aqueles intoleráveis, face à probabilidade de sua transformação em danos e à irreversibilidade de suas potenciais consequências (KIRTSCHIG, 2021; CARVALHO, 2013, p. 100, 187, 198-232).

Não bastasse a proteção do Meio Ambiente, o Princípio da Precaução é de fundamental importância como critério balizador de decisões e organizador da atuação do Direito em casos de desastres, em todo o ciclo destes, desde a resposta emergencial, passando pela mitigação dos danos associados ao evento, até a prevenção de novos danos (CARVALHO, 2015, p. 102-114). A pandemia configura um desastre, atraindo a aplicação desse princípio para a construção de respostas juridicamente adequadas a ela (CARVALHO, 2020, p. 12-22).

Acrescente-se que, para além de uma certa objetivação proporcionada pela tradição jurídica, expressa nos conceitos acima, o sentido das disposições jusfundamentais, ora evocadas, carece de construção diante da necessidade de solução de problemas concretos, sem jamais

¹⁰Vide BRASIL, 1988.

desconsiderar sua inserção no mundo prático, histórico, vinculado às “coisas mesmas”, e não a abstrações (STRECK, 2011). Como aponta Lênio Streck, o “ser” do Direito é o “ser no mundo” (*Dasein*), e sua compreensão não parte do nada, mas de uma pré-compreensão emergente da intersubjetividade (STRECK, 2011).

Mutatis mutandis, noção similar pode ser atribuída a Luigi Ferrajoli (2015, p. 138-139), o qual reconhece a existência de uma dimensão performativa do fenômeno jurídico, denominada Direito vivente, em cujo âmbito os operadores jurídicos lançam mão da argumentação para motivar, externar e comunicar suas interpretações das prescrições validamente produzidas pelas autoridades competentes, atribuindo-lhes significados normativos.

Ora, o Direito é, vive e está no mundo pandêmico. Toda construção de sentido do Direito Fundamental à Redução dos Riscos Inerentes ao Trabalho e ao Princípio da Precaução deve considerar esse horizonte histórico.

Mais ainda: o “ser no mundo” do Direito abre as portas para a interdisciplinaridade (STRECK, 2011, p. 319) e para o pluralismo, habilitando-o a acomodar as informações provindas das mais distintas origens, em busca de efetividade (ZANON JÚNIOR, 2019, p. 180-181; CARVALHO, 2013, p. 232-239).

O risco mínimo regressivo e o Princípio da Precaução são inerentemente receptivos ao conhecimento interdisciplinar e à sua historicidade, demandando:

[...] assimilar irritações vindas do exterior do Sistema Jurídico, e convolá-las em instrumentos de estabilização de expectativas e redução de complexidades, antecipando o futuro com base numa descrição adequada do presente. (CABRAL, 2014, p. 170-171).

A dinamicidade do mundo da vida impõe lançar mão de informações produzidas em instâncias que apresentam uma sintonia mais intensa com os desenvolvimentos técnicos e científicos, a literatura e as pesquisas de ponta, tais como organismos internacionais voltados à saúde ocupacional e a academia, as quais são mais aptas a prover conhecimento para um manejo efetivo do Direito, orientado pelo Princípio da Precaução diante de fatos laborais marcados pela incerteza (GOES; ENGELMANN, 2015, p. 172-204).

Observe-se que o Princípio da Precaução não apresenta caráter estático, limitando-se a apontar uma atitude cautelosa diante de incertezas relacionadas a um determinado fator de risco. Ao contrário, o princípio impõe uma atitude dinâmica e ativa, de envidar

esforços para ampliar e atualizar os conhecimentos que se tenha acerca do risco, tanto no tocante aos seus potenciais efeitos adversos, quanto às probabilidades de que venham a concretizar-se, quanto ainda ao seu enfrentamento eficaz (CARVALHO, 2015, p. 102-114; EBERT, 2020, p. 287-288; TRONCOSO, 2010, p. 210-218; STEBBING, 2009, p. 42). E, quanto mais graves ou prováveis sejam as potenciais consequências danosas de um determinado fator de risco, mais afastada fica a certeza científica necessária a legitimar a intervenção, que passa a sustentar-se pela mera plausibilidade da conversão do risco em dano (FERREIRA, 2014, p. 189-190).

O problema concreto que existe, e foi suscitado ao final do item anterior, é aquele concernente à proteção facial do trabalhador, que pode ser exigida do tomador do trabalho pelos próprios obreiros, suas entidades representativas e pelo Poder Público, considerando-se os ditames constitucionais concernentes ao Meio Ambiente do Trabalho.

A resposta correta só pode ser o respirador PFF2 ou N95, considerados a compreensão do Direito Fundamental à Redução dos Riscos Inerentes ao Trabalho, com a busca do risco mínimo regressivo que lhe é inerente, e o Princípio da Precaução, informados pelos conhecimentos científicos que compõem o seu “ser-no-mundo”, incluindo aqueles concernentes à transmissão do SARS-CoV-2 por aerossóis.

Também compõe o seu “ser-no-mundo” o contexto histórico de liberalização das atividades laborais em geral, mesmo com a pandemia em curso, prejudicando o distanciamento social e incorporando o risco biológico Covid-19 a todos os ambientes nos quais haja contato social e permanência de obreiros em ambientes fechados, por longos períodos de tempo. Sem medidas organizacionais como o afastamento social (e esse, claro, não limitado a 2m e, menos ainda, 1m), a única proteção é o EPI, e somente os respiradores PFF2 enquadram-se nessa categoria. Só assim haverá a mitigação do desastre e a prevenção de novos danos a ele relacionados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se todo o exposto, é possível afirmar, conclusivamente, que o arcabouço de textos normativos acima evocado deve sofrer releitura, para que toda menção à proteção facial a trabalhadores, nele constante, seja compreendida como exigência de fornecimento de respiradores PFF2 ou N95. Do contrário, haverá violação constitucional, especialmente em sua vertente de proibição de insuficiência (*Untermassverbot*).

REFERÊNCIAS

BORTOLOTTI, Guilherme Bettiato; GIACOMET, Natasha; CALGARO, Cleide. Aplicação do fato do príncipe nas relações trabalhistas em razão do estado de calamidade pública gerada pela pandemia do covid-19. *In: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (Org.). Covid-19: democracia e poder*. Itajaí: Univali, p. 193-207, 2020.

BOUROUIBA, Lydia. Turbulent Gas Clouds and Respiratory Pathogen Emissions: Potential Implications for Reducing Transmission of COVID-19. **Journal of American Medicine JAMA**, Chicago, v. 323, n. 18, p. 1837-1838, May 2020. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2763852>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária Anvisa. **Covid-19: tudo sobre máscaras faciais de proteção**. Brasília, 12 maio 2020g. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/covid-19-tudo-sobre-mascaras-faciais-de-protecao>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária Anvisa. **Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA n. 4/2020**. Orientações para serviços de saúde: medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília, 30 jan. 2020d. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/notas-tecnicas/nota-tecnica-gvims_gttes_anvisa-04_2020-25-02-para-o-site.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **DOU**, Brasília, 7 fev. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.035, de 11 de agosto de 2020. Altera a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **DOU**, Brasília, 12 ago. 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Previdência e Trabalho. Norma Regulamentadora 6 - NR 6: Equipamento de Proteção Individual - EPI. **Guia Trabalhista**, Curitiba, 2018a. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr6.htm>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Previdência e Trabalho. Norma Regulamentadora 7 - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO. **Guia Trabalhista**, Curitiba, 2018b. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr7.htm>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Previdência e Trabalho. Norma Regulamentadora 9 - Avaliação e Controle das Exposições Ocupacionais a Agentes Físicos, Químicos e Biológicos. **Guia Trabalhista**, Curitiba, 2020f. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr9.htm>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus Covid-19**. Orientações sobre o uso de máscaras de proteção respiratória (respirador particulado - N95/PPF2 ou equivalente) frente à atual situação epidemiológica referente à infecção pelo sars-cov-2 (COVID-19). Brasília, 2020h. Disponível em: <https://portalquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/07/Nota-Informativa-uso-de-mascara.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Economia. Portaria Conjunta n. 20, de 18 de junho de 2020. Estabelece as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho (orientações gerais) (Processo n. 19966.100581/2020-51). **DOU**, Brasília, 19 jun. 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica 20-GT COVID**. Sobre medidas de vigilância epidemiológica nas relações de trabalho. Brasília, 11 dez. 2020e. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-20-gt-covid-19-mpt-revisao-11-12-2020-5.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

CABRAL, Angelo Antonio. **Sociedade de risco e direito ambiental do trabalho**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10122014-163228/publico/Cabral_A_A_Completa_Sociedade_do_Risco.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

CARVALHO, Delton Winter de. A natureza jurídica da pandemia Covid 19. *In*: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Covid-19: democracia e poder**. Itajaí: Univali, p. 12-22, 2020.

CARVALHO, Delton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Delton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**. São Paulo: RT, 2015.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. **Covid-19**. Scientific Brief: SARS-CoV-2 Transmission. Atlanta, 7 May 2021. Disponível em: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/science/science-briefs/sars-cov-2-transmission.html>. Acesso em: 21 jul. 2021.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O princípio da precaução no meio ambiente do trabalho: como lidar com os novos riscos labor-ambientais. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* (Coord.). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. V. 5. 5. ed. São Paulo: LTr, p. 281-299, 2020.

FENNELLY, Kevin P. Particle sizes of infectious aerosols: implications for infection control. **The Lancet Respiratory Medicine**, London, n. 8, p. 914-924, July 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014. 273 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27102016-092601/pt-br.php>. Acesso em: 21 jul. 2021.

GOES, Maurício de Carvalho; ENGELMANN, Wilson. **Direito das nanotecnologias e o meio ambiente do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

KIRTSCHIG, Guilherme. **Responsabilidade civil preventiva e meio ambiente do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

KLOMPAS, Michael; BAKER, Meghan; RHEE, Chanu. What Is an Aerosol-Generating Procedure? **JAMA Surgery**, Chicago, v. 156, n. 2, p. 113-114, Feb. 2021. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamasurgery/fullarticle/2774161>. Acesso em: 21 jul. 2021.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. **Revista Direitos, trabalho e política social**, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 80-117, jul./dez. 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Notícias. COVID-19 causes unprecedented jobs crisis, almost all workers and businesses affected by lockdown measures. **OIT Brasília**, Brasília, 19 jun. 2020b. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_748441/lang-pt/index.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Notícias. OIT: É necessário garantir a proteção dos trabalhadores agora e após o fim do confinamento. **OIT Brasília**, Brasília, 28 abr. 2020a. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_743059/lang-pt/index.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Combater o coronavírus (COVID-19). **Apoio às pessoas e empresas para lidar com o vírus COVID-19**: opções de respostas imediatas para o emprego e as políticas sociais. Paris, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/apoio-as-pessoas-e-empresas-para-lidar-com-o-virus-covid-19-opcoes-de-respostas-imediatas-para-o-emprego-e-as-politicas-sociais-3771a5e3/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho: o espaço de diálogo interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 36, p. 135-163, 2010.

PÉREZ TAPIAS, José Antonio. Entre o risco e o medo, a biopolítica em alta. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, 17 mar. 2020.

Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-e-o-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 21 jul. 2021.

PRATHER, Kimberly; WANG, Chia C.; SCHOOLEY, Robert T. Reducing transmission of SARS-CoV-2. **Science**, New York, v. 368, n. 6498, p. 1422-1424, 26 June 2020. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/368/6498/1422>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SANTA CATARINA (Estado). Decreto n. 1.371, de 14 de julho de 2021. Declara estado de calamidade pública em todo o território catarinense, nos termos do COBRADE n. 1.5.1.1.0 - doenças infecciosas virais, para fins de enfrentamento da pandemia de COVID-19, e estabelece outras providências. **DOE-SC**, Florianópolis, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=417302>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SANTA CATARINA (Estado). Decreto n. 515, de 17 de março de 2020. Declara situação de emergência em todo o território catarinense, nos termos do COBRADE n. 1.5.1.1.0 - doenças infecciosas virais, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e estabelece outras providências. **DOE-SC**, Florianópolis, 17 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390995>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SANTA CATARINA (Estado). Decreto n. 525, de 23 de março de 2020. Dispõe sobre novas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus e estabelece outras providências. **DOE-SC**, Florianópolis, 23 mar. 2020b. Disponível em: https://www.saude.sc.gov.br/coronavirus/arquivos/DEC_525_COMPILADO.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

SANTA CATARINA (Estado). Decreto n. 562, de 17 de abril de 2020. Declara estado de calamidade pública em todo o território catarinense, nos termos do COBRADE n. 1.5.1.1.0 - doenças infecciosas virais, para fins de enfrentamento à COVID-19, e estabelece outras providências. **DOE-SC**, Florianópolis, 17 abr. 2020c. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=393952>. Acesso em: 21 jul. 2021.

STEBBING, Margaret. Avoiding the trust deficit: public engagement, values, the precautionary principle and the future of nanotechnology. **Bioethical Inquiry**, Sydney, v. 6, n. 1, p. 37-48, Mar. 2009. Disponível em: https://natlib.govt.nz/records/20756440?search%5Bi%5D%5Bsubject_text%5D=Risk+perception&search%5Bpath%5D=items. Acesso em: 21 jul. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, n. 18, p. 205-220, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Considerations for implementing and adjusting public health and social measures in the context of COVID-19**. Interim Guidance. Geneva, 14 June 2020b. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/considerations-in-adjusting-public-health-and-social-measures-in-the-context-of-covid-19-interim-guidance>. Acesso em: 21 jul. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Getting workplace ready for COVID-19**. Geneva, 3 Mar. 2020c. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/getting-workplace-ready-for-covid-19.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Q&A Detail. **Coronavirus disease (COVID-19): How is it transmitted?** Geneva, 13 Dec. 2021a. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-how-is-it-transmitted>. Acesso em: 21 jul. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions**. Scientific Brief. Geneva, 9 July 2020a. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>. Acesso em: 21 jul. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Weekly Epidemiological Update on Covid-19-13-july-2021**. Edition 48. Geneva, 2021b. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19---13-july-2021>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ZANCO, Andressa; MELLO, Nilvânia Aparecida de; PEREIRA, Reginaldo. E não é que nosso truncado regime de competências - ao menos, por enquanto - nos livrou do pior? Apontamentos sobre a ausência de coordenação federal e os reflexos nas atividades legislativas dos estados e municípios em tempos de sars-cov-2 e covid-19. *In*: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; CALGARO, Cleide; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Covid-19: democracia e poder**. Itajaí: Univali, p. 77-92, 2020.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.



Doutrina Internacional

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: modelos comparados y regulación legal y convencional en España

THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION: compared models and legal and conventional regulation in Spain

MARTÍN MUÑOZ, Maria Rosa*

Resumen: Actualmente asistimos a un fenómeno de hiperconexión digital que hace que los límites entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso se estén diluyendo cada vez más, lo que supone una amenaza real para la salud de los trabajadores. Una realidad que se ha hecho más patente, si cabe, con la implementación acelerada del teletrabajo como consecuencia de la irrupción de la pandemia del Covid-19. El presente trabajo pretende ofrecer un diagnóstico de la actual regulación, tanto legal como convencional, del derecho a la desconexión digital, aportando soluciones jurídico-sociales prácticas que permitan garantizar su plena efectividad.

Palabras clave: Digitalización. Tiempo de trabajo. Salud laboral. Desconexión digital. Negociación colectiva.

1 INTRODUCCIÓN

La irrupción de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, NTIC) en el ámbito de las relaciones productivas ha revolucionado por completo la sociedad del trabajo,

*Becaria de Investigación FPU en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Licenciada en Derecho y graduada en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Máster en Derecho de los Negocios.

generando cambios sustanciales en la organización de las tareas, tiempo de trabajo, interrelaciones sociales y gestión empresarial¹.

No cabe duda de que las NTIC favorecen el trabajo flexible y mejoran la productividad y competitividad mediante una utilización eficiente de los recursos, pero también modifican los parámetros tradicionales del tiempo de trabajo impulsando la autogestión y la realización de la actividad laboral en cualquier momento y lugar (conectividad permanente), lo que hace que el trabajador no encuentre límites claros entre la separación de su esfera privada y su esfera profesional. Esto es, la digitalización facilita que el trabajador pueda disponer de un mayor grado de libertad para desarrollar su trabajo en la forma, tiempo y lugar que considere más oportuno, pero a la vez le coloca en una situación de conexión permanente que puede suponer un alargamiento de la jornada laboral más allá de la legalmente permitida, generando importantes riesgos para su salud, no sólo físicos sino también psicosociales².

En este contexto de hiperconexión digital surge el derecho a la desconexión digital, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDP), con el fin último de controlar los límites de la jornada laboral y garantizar un tiempo mínimo de descanso al trabajador.

Al hilo de lo expuesto, el presente trabajo pretende ofrecer un diagnóstico de la regulación, no solo legal, sino también convencional, del derecho a la desconexión digital aportando soluciones jurídicas y sociales prácticas que permitan garantizar su plena efectividad.

2 HIPERCONEXIÓN DIGITAL Y SALUD LABORAL

En los últimos tiempos, los avances tecnológicos han ocasionado que el trabajo ya no se desarrolle en un lugar y espacio de tiempo determinado. Debido a la fácil conectividad que proporciona el uso del correo electrónico, *cloud computing* o los dispositivos móviles, el

¹GONZÁLEZ COBALEDA, E. Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos laborales. In: GARCÍA DE LA TORRE, A. (Dir.); FERNANDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.). **Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo**: nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo. Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016, p. 264.

²AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTOBAL RONCERO, R. Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. In: AA.VV. **El futuro del trabajo que queremos**. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019). V. II. Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017, p. 334.

trabajador puede realizar su labor desde cualquier lugar y a cualquier hora, siendo cada vez menos necesaria su presencia física en el centro de trabajo. De modo que nos encontramos ante un entorno de trabajo que si bien incrementa exponencialmente la flexibilidad en la organización del tiempo y espacio laboral, en la práctica, también conlleva que los trabajadores estén permanentemente disponibles, poniendo en peligro las fronteras entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso³.

El Informe Anual InfoJobs-ESADE sobre el Estado del Mercado Laboral, elaborado en 2017, ya vino a poner de manifiesto que el 51% de la población activa española declaraba responder *e-mails* y atender llamadas telefónicas relacionadas con el trabajo durante su periodo de vacaciones o fines de semana. El estudio también revelaba que a más responsabilidad en el trabajo más se elevaba ese porcentaje. En este sentido, los trabajadores con cargo de empleado alcanzaban un 45% de los casos, los mandos intermedios un 68%, mientras que para los directivos la cifra se disparaba hasta el 84%⁴.

Desde luego, esta situación se ha hecho más evidente con la implementación acelerada del teletrabajo como consecuencia de la irrupción de la pandemia del Covid-19. Así, conforme a los resultados de un nuevo estudio realizado por InfoJobs sobre la Desconexión Digital (2020), el 31% de la población activa española encuentra más dificultades para desconectar de su vida laboral. Mientras que en 2018 era el 51% de los trabajadores los que declaraban responder *e-mails* y atender llamadas de trabajo fuera de horario laboral, en el periodo pre-covid esta cifra ascendía al 62,5% y, en la ya conocida nueva normalidad, el porcentaje ha crecido 4,8 puntos porcentuales llegando al 67%. Al igual que el anterior informe, este estudio también revela que a más responsabilidad en el trabajo más alto es el porcentaje. A tal efecto, los trabajadores con cargo de empleado alcanzan un 62% de los casos, los mandos intermedios un 76,5%, mientras que para los directivos el porcentaje asciende al 85%⁵.

Desde luego, la realidad descrita incorpora cambios en la concepción tradicional del espacio físico donde se desarrolla la actividad profesional y en los tiempos de trabajo, con el riesgo de que se prolongue la jornada laboral más allá de la permitida, generándose interferencias no deseables y desequilibrios entre la vida personal y laboral que afectan,

³SERRANO ARGÜESO, M. *Always on*. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, Modena, v. 7, n. 2, 2019a, p. 170.

⁴Vide la nota de prensa de 21 de julio de 2018: "La mitad de los trabajadores responden *e-mails* y llamadas de trabajo durante sus vacaciones" (INFOJOBS, 2018).

⁵Vide la nota de prensa de 5 de agosto de 2020: "3 de cada 10 españoles afirma que el teletrabajo dificulta la desconexión digital" (INFOJOBS, 2020).

en última instancia, a la salud de los trabajadores⁶. En este sentido, se ha señalado que entre las patologías o trastornos psicosociales más típicos que emergen de la permanente conexión al trabajo mediante dispositivos digitales se encuentra el síndrome *burnout* (o síndrome del quemado) y el tecnoestrés en sus diferentes variantes (tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoadicción etc.). Los efectos negativos de estos trastornos sobre la salud son más que conocidos: agotamiento emocional, falta de motivación, disminución del rendimiento, insomnio, alteraciones fisiológicas (digestivas, endocrinas, respiratorias, cardiovasculares), cefaleas, depresión, irritabilidad, entre otros)⁷.

Pues bien, ante los riesgos que la conexión permanente al trabajo mediante dispositivos digitales conlleva para la seguridad y salud de los trabajadores, distintos países, entre ellos España, han reconocido lo que se ha venido a denominar “derecho a la desconexión digital”⁸, entendido este, como el derecho de los empleados a no conectarse a cualquier herramienta digital profesional (correo electrónico, teléfono inteligente etc.) durante los periodos de descanso y vacaciones. Se persigue, en última instancia, controlar los límites de la jornada laboral y garantizar un tiempo mínimo de descanso en aras a mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como optimizar la salud laboral del conjunto de los trabajadores.

3 EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: una perspectiva comparada

Francia fue el primer país en establecer un marco legal sobre el derecho a la desconexión digital a través de la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, relativa al trabajo, la modernización del diálogo social y

⁶ESPAÑA. Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo. Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo. **Notas Técnicas de Prevención NTP**, Madrid, n. 1122, 2018a, p. 1. Disponible en: <https://www.insst.es/documentos/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>. Acceso en: 30 agosto 2020.

⁷En la misma línea, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. **Diritto della Sicurezza sul Lavoro**, Urbino, n. 2, 2017, p. 89.

⁸Cabe precisar que, en nuestro país, ante la implementación acelerada del teletrabajo como consecuencia de la pandemia del Covid-19 y los desajustes que ha provocado sobre todo en materia de desconexión digital, se ha aprobado recientemente el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, una norma muy esperada, fruto de la concertación social. Si bien, cabe subrayar que la norma en cuestión se ha quedado corta en muchos aspectos, pues por lo que aquí interesa, en materia de desconexión digital se ha limitado a reproducir lo establecido en el artículo 88 de la LOPDP.

la seguridad de las carreras profesionales⁹. En concreto, su artículo 55. I.2º, que incorporó un nuevo apartado 7 en el artículo 2242-8 del Código de Trabajo francés, estipula que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá (apartado 7):

Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección. (FRANCE, 2020) (traducido).

Como puede comprobarse, la normativa francesa no define en ningún momento el derecho que aquí nos ocupa, ni recoge sanción o consecuencia alguna en caso de incumplimiento empresarial. Tan solo hace una remisión a la negociación colectiva para que sea esta quien regule la desconexión digital a fin de garantizar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores, así como a su vida personal y familiar. También prevé que, en caso de no haber acuerdo, sea el propio empresario, previa consulta con los representantes legales, el que elabore una política que preserve el derecho a la desconexión digital, contemplándose sus modalidades de ejercicio, así como la formación y sensibilización de trabajadores y directivos. Desde luego, y como ya ha tenido ocasión de señalar algún sector doctrinal, la no fijación del derecho

⁹FRANCE. Loi n. 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1). **Légifrance**, Paris, 2020. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id>. Acceso en: 1º sept. 2020. Resulta oportuno señalar que esta Ley tuvo como base el **Informe sobre transformación digital y vida laboral** (más conocido como Informe Mettling), elaborado por Bruno Mettling (Director General Adjunto de Orange) y encargado por el Ministro de Trabajo francés el 25 de marzo de 2015. En él ya se advertía que la utilización de equipos informáticos por parte del trabajador fuera del horario laboral podía producir, en ocasiones, una sobrecarga de información y comunicación dañina para su salud y vida privada por el riesgo de incumplir los tiempos de descanso diarios o semanales (METTLING, 2015).

(delimitación de contenidos) y la no imposición de garantías (medidas o sanciones concretas para las empresas incumplidoras) hace que el valor práctico del derecho quede diluido, convertido más en un deseo que en una realidad¹⁰. Otra crítica que se le ha hecho a esta regulación es que no sea aplicable a todas las empresas, sino solo a aquellas que tengan un cierto volumen de plantilla (más de cincuenta trabajadores), pues ello conduce a privar a numerosos trabajadores de mecanismos de efectividad del derecho a la desconexión¹¹.

Cabe precisar que en Francia este derecho ya había sido previsto con anterioridad a su reconocimiento legal en algunos acuerdos colectivos. Muestra de ello es el acuerdo sobre tiempo de trabajo suscrito por SYNTEC y CINOV, del lado empresarial, y FIECI CFE-CGC y F3C CFDT, del lado sindical, el 1 de abril de 2014¹² en el que se recogía la obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para que el empleado tuviera la oportunidad de desconectarse de las herramientas de comunicación a distancia puestas a su disposición (artículo 4.8.1 del Acuerdo)¹³.

En Italia también se encuentran referencias legislativas expresas a la desconexión digital. Así, la Ley n. 81, de 22 de mayo de 2017¹⁴, regula el denominado trabajo ágil, una forma de trabajo que puede acordarse entre trabajador y empresario y que consiste en combinar tiempos de presencia en la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, con la posibilidad de utilizar instrumentos tecnológicos para el desarrollo de la actividad laboral (una especie de teletrabajo a tiempo parcial)¹⁵. En concreto, su artículo 19.1, último inciso, dispone que:

[...] El acuerdo para dar paso a este trabajo ágil debe establecer los tiempos de descanso, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar

¹⁰FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico. *Boletín Informativo*, Madrid, Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT, n. 28, agosto 2018, p. 13.

¹¹TALÉNS VISCONTI, E. E. La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral*, Valladolid, n. 4, 2018, p. 7-8.

¹²Vide la noticia publicada el 6 de abril de 2014 en el diario económico francés *Les Echos*: “Mails, SMS, téléphone: Syntec reconnaît le droit des cadres à la déconnexion” (COMARMOND, 2014).

¹³Vide Avenant du 1er avril 2014 à l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail. Disponible en: http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/bocc/pdf/2014/0021/boc_20140021_0000_0007.pdf. Acceso en: 13 nov. 2019.

¹⁴ITALIA. L. 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. *Gazz. Uff.*, Roma, 13 giugno 2017. Disponible en: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Legge-22-maggio-2017-n81.pdf>. Acceso en: 2 sept. 2020.

¹⁵PURCALLA BONILLA, M. A. Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Barcelona, v. 5, 2018, p. 108.

la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo. (ITALIA, 2017, p. 16) (traducido).

Bélgica, por su parte, mediante la Ley de 26 de marzo de 2018, sobre el fortalecimiento del crecimiento económico y la cohesión social¹⁶, ha dispuesto que, de cara a garantizar el respeto de los períodos de descanso y las vacaciones de los trabajadores, las empresas deben organizar consultas en el seno del Comité de Prevención y Protección en el Trabajo, a intervalos regulares y siempre que los representantes de los trabajadores así lo soliciten, sobre el tema de la desconexión del trabajo y la utilización de los medios de comunicación digitales (artículos 15 a 17).

Alemania aún no ha adoptado medidas legislativas concretas para regular el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, a pesar de ser un tema muy debatido desde hace varios años¹⁷. No obstante, existen iniciativas de autorregulación por parte de algunas empresas (destacan las del sector automovilístico) sobre el derecho a la desconexión y el uso de dispositivos móviles fuera del horario laboral¹⁸. Así, y a modo de ejemplo, la empresa Volkswagen implantó, en 2012, un sistema que bloquea el acceso a comunicaciones corporativas vía móvil entre las 18:15 horas y las 07:00 horas de la mañana del día siguiente¹⁹. En 2014, el grupo BMW, tras llegar a un acuerdo con sus trabajadores²⁰, introdujo, por un lado, el concepto de “trabajo móvil” que permite a los empleados contabilizar como tiempo de trabajo las horas que trabajan con el móvil o la tableta en su tiempo libre (y compensarlo más adelante con días libres); y por otro, la posibilidad de que cada empleado pueda acordar con su superior jerárquico su derecho a la desconexión, es decir, unos márgenes temporales en los que la empresa no puede ponerse en contacto con él²¹. Ese mismo año, la empresa Daimler ofreció a sus trabajadores

¹⁶Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/107598/132521/F-1336702668/BEL-107598.pdf>. Acceso en: 2 sept. 2020.

¹⁷ARANGUEZ VALENZUELA, L. El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital. In: MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.). **El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia**: problemas y soluciones. Madrid: Cinca, 2018, p. 403; PÉREZ CAMPOS, A. I. La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, Madrid, n. 52, 2019, p. 113.

¹⁸PURCALLA BONILLA, *op. cit.*, 2018, p. 108.

¹⁹Vide la noticia publicada el 8 de marzo de 2012 en la **BBC News Technology**: “Volkswagen turns off Blackberry email after work hours” (VOLKSWAGEN, 2012).

²⁰Vide la noticia publicada el 16 de febrero de 2014 en el diario económico español **Cinco Días**: “Adiós a las llamadas del jefe: el comité de BMW pide el derecho a ser ‘inaccesible’” (ADÍOS, 2014).

²¹ESPAÑA. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Mercado de Trabajo. Empleo/Desempleo. Alemania. **Actualidad Internacional Sociolaboral**, Madrid, n. 217, p. 84-105, nov. 2017. Disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/217/REVISTA_217.pdf. Acceso en: 2 sept. 2020.

la posibilidad de acogerse al programa “Mail on Holiday”: *software* que elimina automáticamente todos los correos electrónicos que reciben los empleados durante sus vacaciones, a la vez que ofrece al emisor el contacto de otro empleado que sí está disponible²². Asimismo, Porsche, tras considerar que sus empleados no tenían por qué recibir correos electrónicos fuera del horario laboral, en 2017 implantó un sistema que permite devolver los *e-mails* a sus remitentes de forma automática cuando estos llegan a sus trabajadores a horas intempestivas²³.

Más allá del entorno europeo también se han llevado a cabo iniciativas hacia el reconocimiento del derecho a la desconexión digital. India adoptó, en enero de 2018, la Ley del “Derecho a desconectarse”, que confiere a cada empleado el derecho a desconectarse y rehusarse a atender llamadas telefónicas o correos electrónicos fuera de las horas de trabajo y durante los días festivos y vacaciones, sin que medie medidas disciplinarias por parte de los empleadores²⁴. En Filipinas se está tramitando, desde enero de 2017, un proyecto de ley para regular el derecho a la desconexión digital. La iniciativa lleva por título “Ley que otorga a los empleados el derecho de desconectarse de las comunicaciones electrónicas relacionadas con el trabajo después del horario laboral”²⁵. Asimismo, la ciudad de Nueva York, desde diciembre de 2018, está trabajando en un proyecto de ley para introducir, en las empresas de más de 10 trabajadores, el derecho de los mismos a no responder llamadas telefónicas ni correos fuera de la jornada laboral, salvo en situaciones de emergencia. Asimismo, se prevé que aquellos empresarios que no cumplan con esta norma tendrán que afrontar multas de 200 o 500 dólares²⁶. En Chile, con la reciente promulgación de la Ley de Teletrabajo y Trabajo a Distancia se ha reconocido el derecho de los trabajadores a desconectarse al menos 12 horas continuas, en un lapso de 24 horas²⁷. Colombia es otro país que, recientemente, ha aprobado un proyecto de ley que reconoce el derecho de los trabajadores a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo²⁸.

²²Vide la noticia publicada el 15 de agosto de 2014 en la revista estadounidense **Time**: “Here’s a Radical Way to End Vacation Email Overload” (GIBSON, 2014).

²³Vide la noticia publicada el 22 de diciembre de 2017 en el diario económico español **Expansión**: “Porsche protegerá a sus empleados de correos electrónicos ‘fuera de hora’” (FERNÁNDEZ, 2017).

²⁴Vide la noticia publicada el 21 de noviembre de 2019 en el **Observatorio Parlamentario** de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: “El derecho a la desconexión digital en India y Filipinas” (CHILE, 2019).

²⁵*Idem*.

²⁶Vide la noticia de prensa publicada el 15 de abril de 2018 en el diario económico **Libre Mercado**: “Nueva York multará a las empresas que envíen mensajes a sus trabajadores fuera del horario laboral” (MALAGÓN, 2018).

²⁷Vide la noticia publicada el 25 de marzo de 2020 en el portal informativo **Textual CL**: “Teletrabajo: nueva ley contempla desconexión digital por 12 horas continuas” (TELETRABAJO, 2020).

²⁸Vide la noticia publicada el 27 de mayo de 2020 en el portal informativo **América Digital**: “Radican proyecto de ley para garantizar el derecho a la desconexión laboral en Colombia” (RADICAN, 2020).

4 EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL MODELO ESPAÑOL

4.1 Reconocimiento y configuración legal del derecho a través de la LOPDP

En el caso de España, fue en 2018 cuando se vino a regular por primera vez el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral a través de la LOPDP. El artículo 88 de la citada Ley establece que:

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.
2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. (ESPAÑA, 2018b).

Sin perjuicio de un análisis más detallado, se constata a simple vista que el precepto en cuestión presenta notorias lagunas, entre las que destacan la ausencia de definición legal o delimitación del contenido del derecho, inexistencia de normas mínimas de aplicación en defecto de pacto, así como la no concreción de medidas o sanciones ante casos de incumplimiento empresarial. No obstante, sí es de resaltar el hecho de que la norma traiga a colación otros valores dignos de protección y tradicionales en el ordenamiento social, tales como el descanso, el respeto a la vida personal y familiar y, en menor medida, la calidad de vida en el trabajo. También es

de subrayar la previsión de acciones de formación y sensibilización de los trabajadores sobre un uso razonable de los dispositivos digitales.

4.1.1 Ausencia de definición legal

Siguiendo el modelo francés, el artículo 88 de la LOPDP no define el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Tan solo se limita a establecer la finalidad que debe perseguir: garantizar, fuera del tiempo de trabajo, legal o convencionalmente establecido, el respeto al tiempo de descanso, permiso y vacaciones, así como a la intimidad personal y familiar del conjunto de los trabajadores.

Hay quien lo ha definido como aquel derecho que ostenta todo trabajador a no mantener contacto alguno con herramientas digitales relacionadas con el trabajo durante su tiempo de descanso y vacaciones²⁹. Pero lo cierto es que esta definición debería ser concretada con mayor precisión, pues habría que hacer hincapié en la doble faceta que ha de desplegar el “nuevo” derecho, de modo que incluya tanto el derecho del trabajador a no responder a cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales etc.) fuera de su horario laboral, como el deber de abstención empresarial de contactar con el trabajador fuera del tiempo de trabajo³⁰. A mi entender, esta doble faceta resulta indisociable, pues de otra forma sería muy difícil que este derecho pudiera desplegar una efectividad plena. Esto es, si el derecho a la desconexión digital no comportara un deber de abstención empresarial, con toda seguridad la efectividad del derecho acabaría siendo, en la práctica, especialmente tenue, pues en tal caso la desconexión recaería exclusivamente sobre la voluntariedad del propio trabajador y, por consiguiente, se correría el riesgo de que no fuera “capaz” de abstenerse de responder.

4.1.2 Falta de delimitación del contenido del derecho

La norma española tampoco delimita de forma concreta y específica el contenido del derecho a la desconexión digital. Por un lado,

²⁹CIALTI, P-H. El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? **Temas Laborales**, Sevilla, n. 137, 2017, p. 165.

³⁰En el mismo sentido, IGARTUA MIRÓ, M. T. El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. **Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social**. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, Madrid, n. 432, 2019, p. 66; MOLINA NAVARRETE, C. Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 138, 2017, p. 270; TALÉNS VISCONTI, *op. cit.*, 2018, p. 5-6.

remite su ejercicio, atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación aboral, a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Y por otro, impone al empresario la obligación de elaborar una política interna que preserve el derecho a la desconexión digital de sus trabajadores y que ha de incluir dos elementos esenciales: las modalidades de su ejercicio y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Con el término “modalidades de ejercicio” el legislador parece dar cabida tanto a las herramientas concretas dirigidas a garantizar la efectividad del derecho (tal y como se encuentra redactado el precepto, se entiende que la norma no exige el empleo por parte del empresario de sistemas tecnológicos agresivos capaces de impedir o restringir el acceso a los trabajadores a los dispositivos puestos a su disposición fuera de las horas de trabajo), como a la previsión de distintas fórmulas en función de si se trata de trabajadores con horario regular, trabajadores con horario flexible, trabajadores presenciales, teletrabajadores etc.³¹.

Por su parte, la sensibilización que debe realizarse con el fin de concienciar a los trabajadores sobre la importancia de realizar un uso razonable de las herramientas tecnológicas puede enmarcarse en los artículos 18 y 19 de la LPRL, en la parte concerniente a la información en materia de prevención de riesgos laborales. Sin duda, la empresa debe procurar que los trabajadores sean conocedores de los riesgos para seguridad y salud que puede suponer el uso de las tecnologías y de las medidas y acciones de prevención y protección implementadas para prevenirlos. De esta forma, se debe advertir sobre el impacto y consecuencias de la tecnología sobre la salud laboral, informar sobre las estrategias organizacionales e individuales de prevención o protección frente a los riesgos laborales que puede ocasionar y concienciar sobre buenas prácticas en el uso de dispositivos digitales³².

4.1.3 Sujetos protegidos

Como no podía ser de otra manera, el derecho a la desconexión digital tiene una proyección universal (se reconoce a todos los trabajadores y empleados públicos). Es lógico que el legislador haya optado por un

³¹En esta misma línea, IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 2019, p. 67; SERRANO ARGÜESO, *op. cit.*, 2019a, p. 185; SERRANO ARGÜESO, M. Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral. *IUSLabor*, Barcelona, n. 2, 2019b, p. 23.

³²ALTÉS TÁRREGA, J. A.; YAGÜE BLANCO, S. A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata. *Labos*, Madrid, v. 1, n. 2, 2020, p. 83.

reconocimiento genérico, pues hay que tener presente que, a día de hoy, prácticamente toda la población trabajadora puede encontrarse en la tesitura de que se le exija una conexión más o menos permanente, con los efectos perjudiciales que ello conlleva para la salud laboral y conciliación.

Sin ser necesario, dado el carácter universal del derecho, pero probablemente útil a efectos didácticos, la norma hace una referencia especial a que la política interna de la empresa vaya dirigida a los directivos, normalmente más hiperconectados y con mayores dificultades para la desconexión, bien por su propio rol, bien por la asunción de determinadas responsabilidades³³.

La norma también subraya la necesidad de preservar el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Esto es comprensible, pues una persona que realiza su trabajo en su domicilio o en cualquier otro lugar alejado del entorno físico de la empresa por medio de dispositivos digitales tiene aún más posibilidades de contraer fatiga informática, ya sea por no autoimponerse ningún límite en su afán de terminar el trabajo, ya sea por la propia indicación del empresario.

4.1.4 Desconexión digital ¿derecho o derecho-deber del trabajador?

El artículo 88 de la LOPDP, siguiendo de nuevo al modelo francés, no exige nada al trabajador en orden a la desconexión, prevista únicamente en términos de derecho, con referencia a las modalidades de ejercicio y a la formación y sensibilización del personal. Esto ha llevado a debatir, entre la doctrina, si realmente estamos ante un derecho o ante derecho-deber del trabajador.

Cabe señalar, en relación a este punto, que el Informe Mettling si bien optaba por configurar la desconexión como un derecho-deber del trabajador, las dificultades inherentes a su exigencia y cumplimiento, lo llevaron a reconocer, aunque de manera implícita,

[...] que la capacidad del trabajador y la realidad de su deber de desconexión quedan a merced de otros elementos que impiden creer en su libre disposición y en su total capacidad de manejar tales situaciones. (CIALTI, 2017, p. 172).

³³GARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 2019, p. 69.

Esto fue lo que llevó a la normativa francesa (y muy probablemente a la nuestra) a desechar este planteamiento y en especial, la posible penalización al trabajador por incumplimiento de sus deberes relativos a la desconexión. No obstante, y sin llegar a cuestionar esa debilidad inherente al trabajador, lo cierto es que va a resultar difícil satisfacer el derecho si no se cuenta con la responsabilidad/colaboración del trabajador³⁴.

4.1.5 Carencia de sanciones específicas ante la falta de cumplimiento por parte de las empresas

La norma española, siguiendo también aquí el ejemplo francés, no establece las medidas o sanciones concretas para las empresas que incumplan su obligación de elaborar las correspondientes políticas internas dirigidas preservar el ejercicio del derecho a la desconexión, lo que podría poner en duda la efectividad práctica del mismo (recordemos que este aspecto ya fue muy criticado en el país vecino).

No obstante, cabe señalar, que tal incumplimiento empresarial sí podría encontrar encaje sancionador al albur de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS)³⁵. Así, no sería muy descabellado acudir al artículo 7.5 (relativo a la transgresión del tiempo de trabajo), artículo 12.1 (referente a la evaluación de riesgos o la realización de las actividades de prevención que hicieran necesario los resultados de las evaluaciones) y para las conductas más graves, al artículo 8.11 (que tipifica como muy graves los actos de empresario contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores)³⁶.

4.1.6 El enfoque preventivo del derecho a la desconexión digital

Caben pocas dudas de que la hiperconexión digital acarrea importantes efectos nocivos en la salud de los trabajadores (tecnoestrés, síndrome *burnout*, entre otros muchos). Es por ello por lo que se hace preciso abordar esta problemática desde un enfoque claramente preventivo.

Si bien el legislador está pensando en materia de prevención cuando en el apartado tercero del artículo 88 resalta la necesidad de evitar la fatiga informática (término ligado al cansancio en el trabajo producido

³⁴IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 2019, p. 70; SERRANO ARGÜESO, *op. cit.*, 2019a, p. 184; SERRANO ARGÜESO, *op. cit.*, 2019b, p. 21.

³⁵ZAMORA, S. Desconexión digital ¿novedad o anécdota? *Diario La Ley*, Madrid, n. 9363, 2019, p. 2.

³⁶IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 2019, p. 84.

por el uso continuado de herramientas digitales), lo cierto es que no ha introducido las medidas concretas para evitar tal fatiga en la LPRL.

No obstante, partiendo de la idea de que la desconexión digital está íntimamente vinculada a la tutela del trabajador frente a los riesgos psicosociales, no sería desacertado acudir al artículo 14 de la LPRL, que impone al empresario el deber de velar por la seguridad y salud laboral, así como a los artículos 15.1 “d)” de la LPRL y 36.5 del ET en los que se reconoce el principio de adaptación del trabajo a la persona. Sin duda alguna, el deber empresarial comprende la obligación de evaluar los riesgos laborales (artículo 16 de la LPRL), así como la obligación de formar a sus trabajadores (artículo 19 de la LPRL).

4.1.7 La negociación colectiva como instrumento clave en la forma de aplicación de la desconexión digital

Siguiendo nuevamente la estela del ordenamiento jurídico francés, la Ley española otorga un importante papel a la negociación colectiva en la materia que nos ocupa, pues, como ya se ha visto, es la que tiene que precisar el alcance del derecho a la desconexión digital.

A tal efecto, lo primero que habría que plantearse es si la efectividad del nuevo derecho podría quedar condicionada a la previsión convencional. Si bien es cierto que la norma hace una llamada a la negociación colectiva, lo que resulta lógico habida cuenta de que es el ámbito más idóneo para la fijación de instrumentos o herramientas concretas de garantía para la efectividad del derecho, ello no debería hacer dudar sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo perfecto por parte de la norma, pudiendo, en consecuencia, el trabajador exigir el respeto a su derecho al descanso en la manera que considere más oportuna, aun no existiendo pacto colectivo alguno³⁷.

Dadas las dificultades que pueden derivarse de la abstención por parte de los instrumentos colectivos, hubiera sido muy recomendable la fijación de unas normas mínimas, pudiendo ser aplicadas, incluso, de forma subsidiaria.

4.1.8 Un nuevo artículo 20 bis en el Estatuto de los Trabajadores

Resulta llamativo que la disposición final demicotercera de la LOPDP haya incorporado un nuevo artículo 20 bis en el ET en el que se dispone que:

³⁷IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 2019, p. 76. También, BAYLOS GRAU, A. El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España. *Labour & Law Issues*, Bolonia, v. 5, n. 1, 2019, p. 12.

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. (ESPAÑA, 2015).

Precepto que se ubica justo después del artículo dedicado a la dirección y control de la actividad laboral.

Lo cierto es que hubiera sido más acertado incluir tal previsión en el artículo 34 del ET (jornada de trabajo) o incluso en el artículo 19 del ET (seguridad y salud en el trabajo), por estar más vinculados a los valores que persigue proteger el nuevo derecho³⁸.

4.2 La respuesta de los tribunales

Ciertamente, nuestro país carece de un desarrollo jurisprudencial sólido acerca del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. No obstante, desde el año 1997 algunos pronunciamientos judiciales han venido a poner de relieve la necesidad de ordenar y escindir el tiempo de trabajo del descanso del trabajador.

A modo de precedente, y como primer pronunciamiento, cabe citar la SAN de 17 de julio de 1997³⁹, que declaró nulas las instrucciones establecidas por una empresa que obligaban a los trabajadores a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes una vez concluida la jornada laboral. El tribunal consideró que estas instrucciones sobrepasaban las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del ET porque, en definitiva, obligaban a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos.

El segundo pronunciamiento a destacar es la STS de 21 de septiembre de 2015⁴⁰. En ella se analiza la validez de una cláusula contenida en el contrato de trabajo que indicaba que el trabajador debía proporcionar voluntariamente a la empresa su teléfono móvil y/o su cuenta de correo electrónico para recibir mensajes fuera de su horario de

³⁸En el mismo sentido, IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, 2019, p. 72.

³⁹SAN de 17 de julio de 1997 (AS 1997/3370).

⁴⁰STS de 21 de septiembre de 2015 (RJ 2015/4353).

trabajo. En este caso, el Alto Tribunal coincide con el Ministerio Fiscal en que se trata de una cláusula abusiva:

Nos encontramos ante unos datos de carácter personal, cuyo conocimiento, uso y destino tiene que quedar bajo el control de su titular; y la incorporación al contrato de una cláusula como la cuestionada 'supone una conducta abusiva y no puede entenderse que el trabajador haya prestado su consentimiento de una manera libre y voluntaria'.

El TS considera que para que tales datos puedan ponerse a disposición de la empresa es necesario que el trabajador preste su consentimiento de forma libre y voluntaria, lo que no sucede en este caso, pues el trabajador, como parte más débil del contrato, se ve compelido a admitir la inclusión de dicha cláusula por el temor a no ser contratado. Pero lo cierto es que esta resolución judicial no puede considerarse como auténtica precursora del derecho a la desconexión digital, pues el litigio descansa sobre el hecho de que la cláusula contractual es contraria a las exigencias de protección de datos de carácter personal y no en torno a un eventual derecho a no atender obligaciones laborales comunicadas mediante dispositivos electrónicos fuera del horario de trabajo (CHARRO BAENA, 2017).

También es de notable interés la sentencia del TSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016⁴¹, pues trata de clarificar el control empresarial de la jornada de trabajo en los supuestos de teletrabajo. Se cuestiona en la Sentencia el concepto de hora extraordinaria en aquellos casos en los que el trabajador realiza una parte del trabajo en su domicilio en la modalidad de trabajo a distancia (artículo 13 del ET) y mediante el uso de medios informáticos (correos electrónicos, conferencias, realización de documentos e informes y remisión de reportes e informes por vía electrónica). En concreto, la empresa recurrente alega que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad y la empresa no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión y responsabilidad del trabajador, que no puede repercutir económicamente sobre la empresa exigiendo su pago. La Sentencia desestima el recurso de la empresa porque el tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo y el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que debe igualmente registrar la jornada del trabajador día a día y totalizarla en el período

⁴¹STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (AS 2016/99).

fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente (artículo 35.5 del ET). Recuerda la Sala que el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud, que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos.

4.3 El desarrollo convencional

Comprobada la deficiente regulación del derecho a la desconexión digital en nuestra legislación, así como la escasa jurisprudencia en esta materia, corresponde en este momento explorar cuál ha sido la respuesta de las partes negociadoras de los convenios colectivos, de ámbito sectorial y empresarial, y acuerdos interprofesionales acordados tras la publicación de la LOPDP⁴². Adviértase que antes de la publicación de la norma española ya hubo algunas experiencias negociadoras de aproximación a la desconexión digital. Puede citarse, a modo de ejemplo, el Convenio Colectivo del Grupo AXA - pionero en reconocer de forma explícita el derecho a la desconexión digital en el ámbito de las relaciones laborales; XVI Convenio Colectivo de la ONCE y su personal; VII Convenio Colectivo de Repsol; Convenio Colectivo del Grupo Marítima Dávila, o el Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC)⁴³.

De entrada cabe precisar que la experiencia negociadora en materia de desconexión digital no está resultando especialmente positiva, tal y como podrá comprobarse en las páginas que siguen. Si bien los sujetos negociadores tienen la labor de situar el derecho a la desconexión digital en relación a tres parámetros: tiempo de trabajo, conciliación de la vida familiar y laboral, y salud y prevención de riesgos laborales, lo cierto es que, salvo excepciones, los resultados no están siendo los que podríamos esperar.

⁴²Desde la aprobación de la LOPDP hasta la fecha de cierre de este trabajo (14 de septiembre de 2020) se han contabilizado (y por tanto, analizado) un total de 81 convenios colectivos que mencionan de forma explícita el derecho a la desconexión digital en sus textos. Todos ellos han sido encontrados en la página *web* de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

⁴³Un análisis exhaustivo de estos convenios colectivos y acuerdos en materia de desconexión digital puede consultarse ponencia presentada en el marco de las XXXVIII Jornadas Universitarias: MARTÍN MUÑOZ, M. R. Tiempo de trabajo y desconexión digital. *In*: JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES, 38., 2019, Sevilla. **Ponencias presentadas**. Sevilla: Junta de Andalucía, 2019. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=2d610b39-8a5b-4abc-817b-09646efce58c&groupId=10128. Acceso en: 11 sept. 2020.

A este respecto, se constata que son muchos los convenios colectivos los que se limitan a reproducir extractos de la LOPDP⁴⁴, o a recoger una simple y breve referencia al derecho con el reiterado compromiso de impulsarlo o respetarlo en el futuro⁴⁵.

⁴⁴Resolución de 3 de junio de 2020 de la Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía en Huelva, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del I Convenio Colectivo de la empresa Ambulancias Almonte, S.L. (artículo 25); Resolución de 2 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Anexo 5); Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (artículo 85); Resolución de 15 de octubre de 2019 de la Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad en Huelva, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del I Convenio Colectivo de la empresa Ambulancias la Cinta, S.L. (artículo 25); Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal de perfumería y afines (artículo 16); Resolución de 9 de julio de 2019 de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la industria del calzado (artículo 72); Resolución de 6 de mayo de 2019 del Jefe de la Oficina Territorial de Trabajo de Burgos, por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para la actividad de oficinas y despachos (artículo 31); Resolución de 26 de abril de 2019 de la Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía en Huelva, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del I Convenio Colectivo de la empresa Autoamtax, S.C.A. (artículo 26).

⁴⁵Resolución de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo por la que inscribe y publica el Convenio Colectivo de Trabajo de la entidad Fundación de la Universidad de Almería (BO de Almería, de 4 de septiembre de 2020) (artículo 12, el cual lleva por rúbrica, "organización del trabajo"); Resolución de 5 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Michelin España Portugal, S.A., para los centros de trabajo de Aranda de Duero (Burgos), Valladolid, Almería y Vitoria-Gasteiz, para el período 2019-2022 (artículo 29); Resolución de 4 de agosto de 2020 de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa Labordequipo S.L. (artículo 26); Resolución de 2 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio Colectivo del grupo de empresas Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A., y Dia Retail España, SAU (artículo 73); Resolución de 14 de julio de 2020 de la Consejería de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo-Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad por la que se registra y publica el Plan de Igualdad de la empresa Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud (apartado 5.4); Resolución de 19 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Michelin España Portugal, S.A., para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo) (artículo 24); Resolución de 12 de marzo de 2020, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de trabajo de exhibición cinematográfica de la provincia de Barcelona para los años 2019-2021 (artículo 35); Resolución de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo-Dirección General de Trabajo por la que se inscribe y publica el Convenio Colectivo del Consorcio de Servicios de La Palma (BOP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de marzo de 2020) (artículo 19); Resolución de 9 de marzo de 2020, por la que se dispone la inscripción y publicación del Conveni col·lectiu de treball de preparats alimentaris i productes dietètics de la comunitat autònoma de Catalunya (DA Catorzena); Resolución de 25 de febrero de 2020 por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Martin Hidalgo multitecnia, SLU, para el periodo 13.11.2019-12.11.2023 (DA 1ª); Resolución de 24 de febrero de 2020 del Delegado Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Gipuzkoa, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio Colectivo de Michelin España

También se ha podido comprobar que la gran mayoría de los convenios colectivos analizados únicamente ponen el acento en la facultad del trabajador de “no responder” a las llamadas telefónicas y correos electrónicos recibidos fuera de la jornada de trabajo, sin prestar atención al deber de abstención que pesa sobre las empresas⁴⁶. Algunos,

Portugal, S.A. (artículo 29); Resolución de 14 de febrero de 2020 de la Delegada Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Álava del Departamento de Trabajo y Justicia, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio Colectivo 2019-2020-2021-2022 para la empresa Fundación Estadio Vital Fundazioa (artículo 43); Resolución de 6 de febrero de 2020 de la Oficina Territorial de trabajo de Segovia por la que se acuerda la inscripción y publicación del Convenio Colectivo 2019-2023 para el sector del comercio en general de la provincia de Segovia (artículo 38); Resolución de 19 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa 3M España, S.L. (Capítulo IV, apartado 7); Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Red Universal de Marketing y Bookings Online, S.A., Rumbo (artículo 19.5); Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo de Cash Converters, S.L., y Sociedades Vinculadas (DA 3ª); Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo del Grupo Acciona Energía (artículo 84 bis); Resolución de 9 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (artículo 47); Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (artículo 78); Resolución de 6 de junio de 2019, de la Directora General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Grupo Aramón (DA 2ª); Resolución de 16 de mayo de 2019 de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo-Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa EUI IT Global Services A.I.E. (artículo 16.10); Resolución de 14 de marzo de 2019 del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo para el Personal laboral de la comarca de la Jacetania (DA 10ª).

⁴⁶Resolución de 29 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos de la Comunidad de Madrid (DA 3ª); Resolución de 15 de julio de 2020, de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Soria, por la que se dispone el registro y publicación del texto del Convenio Colectivo para la planta de Ágreda de Siemens Gamesa Renewable Energy Eólica 2019-2022 (artículo 54); Resolución de 24 de junio de 2020 de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo de Convenio Colectivo de la empresa Estrella de Levante, Fábrica Cerveza, S.A. (artículo 21); Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio Colectivo marco del Grupo Endesa (artículo 46); Resolución de 14 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU (artículo 78); Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Siemens Healthcare, SLU (artículo 24); Resolución de 21 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Grupo Selecta (artículo 44); Resolución de 21 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Servicios Dix 2012, S.L. (artículo 20); Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Red Universal de Marketing y Bookings Online,

no obstante, sí apuestan por la eficacia del derecho, haciendo hincapié, de algún modo, en la doble faceta que ha de desplegar el derecho a la desconexión digital (derecho del trabajador a “no responder” y deber empresarial de abstención)⁴⁷.

Un número considerable de convenios exceptúan la aplicación del derecho a la desconexión digital ante “causa de fuerza mayor”, “circunstancias excepcionales” o de “urgencia”⁴⁸. Sin embargo, salvo

S.A., Rumbo (artículo 19.5); Resolución de 2 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario (artículo 89); Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo de Cash Converters, S.L., y Sociedades Vinculadas (DA 3ª); Resolución de 1 de agosto de 2019 disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022 (artículo 41); Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector del Comercio del Metal (artículo 21); Resolución de 14 de marzo de 2019 del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo para el Personal laboral de la comarca de la Jacetania (DA 10ª); Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (artículo 51 ter).

⁴⁷Resolución de 3 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (artículo 95); Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Ahorramas, S.A.; Comercial Hermanos Vallejo, S.A.; Comercial Monte Igueldo, S.L.; Comercial Sierra, S.L.; J y M 44, S.A.; Majuan, S.L.; Monelja, S.L.; Rotterdam, S.L. y Rubio Martín, S.L. (Anexo I); Resolución de 10 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, S.L. (apartado 6.2); Resolución de 6 de febrero de 2020 la Oficina Territorial de trabajo de Segovia por la que se acuerda la inscripción y publicación del Convenio Colectivo 2019-2023 para el sector del comercio en general de la provincia de Segovia (artículo 38); Resolución de 20 de enero 2020 de la Oficina Territorial de trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, por la que se dispone el registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial, para el comercio en general (excepto alimentación) de Valladolid y provincia para el 2019, 2020 y 2021 (artículo 54); Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (artículo 47 y anexo 3); Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (Anexo III); Resolución de 18 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Centro Farmacéutico, S.L. (artículo 6.2).

⁴⁸Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Ahorramas, S.A.; Comercial Hermanos Vallejo, S.A.; Comercial Monte Igueldo, S.L.; Comercial Sierra, S.L.; J y M 44, S.A.; Majuan, S.L.; Monelja, S.L.; Rotterdam, S.L. y Rubio Martín, S.L. (Anexo I); Resolución de 15 de julio de 2020, de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Soria, por la que se dispone el registro y publicación del texto del Convenio Colectivo para la planta de Ágreda de Siemens Gamesa Renewable Energy Eólica 2019-2022 (artículo 54); Resolución de 10 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, S.L. (apartado 6.2); Resolución de 18 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, S.L. (artículo

alguna loable excepción⁴⁹, no se preocupan por concretar qué debe entenderse por “fuerza mayor” o por esos supuestos de “circunstancias excepcionales” o de “urgencia”.

Tristemente, también existen convenios que se pronuncian en una línea muy reduccionista del derecho al indicar que las horas de desconexión fuera de la jornada serán objeto de negociación⁵⁰, o al negar rotundamente el derecho objeto de estudio a las personas del Comité de Dirección, a los Directores de Negocio y a los Gerentes cuyas funciones exigen plena responsabilidad⁵¹.

6.2); Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio Colectivo marco del Grupo Endesa (artículo 46); Resolución de 14 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Carlson Wagonlit España, SLU (artículo 78); Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Siemens Healthcare, SLU (artículo 24); Resolución de 21 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Grupo Selecta (artículo 44); Resolución de 20 de enero 2020 de la Oficina Territorial de trabajo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Valladolid, por la que se dispone el registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial, para el comercio en general (excepto alimentación) de Valladolid y provincia para el 2019, 2020 y 2021 (artículo 54); Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (artículo 47 y anexo 3); Resolución de 22 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Grupo Santander (artículo 11); Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (Anexo III); Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (artículo 23.4); Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU (artículo 23.4); Resolución de 1 de agosto de 2019 disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022 (artículo 41); Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Red Universal de Marketing y Bookings Online, S.A., Rumbo (artículo 19.5); Resolución de 2 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario (artículo 89); Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo de Cash Converters, S.L., y Sociedades Vinculadas (DA 3ª).

⁴⁹Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (artículo 47 y anexo 3); Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (Anexo III).

⁵⁰Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de las entidades públicas empresariales Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad (cláusula 13ª).

⁵¹Resolución de 1 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de CTC Externalización, SLU (artículo 65).

En otro orden de cosas, también llama la atención la ubicación que suele ocupar el derecho a la desconexión digital en el ámbito convencional. Así, si se revisa la ubicación de este derecho en los distintos convenios aprobados con posterioridad a la LOPDP, se comprueba que el mismo suele incluirse en capítulos de muy distinta índole, a saber: “Empleo y Contratación”⁵², “Beneficios asistenciales”⁵³, “Licencias y excedencias”⁵⁴, “Responsabilidad Social Corporativa”⁵⁵, “Acción Social en la Empresa”⁵⁶, “Interpretación del Convenio y resolución voluntaria de los conflictos colectivos”⁵⁷, “Garantías digitales”, “Nuevas tecnologías y derechos digitales” o protección de datos y derechos digitales⁵⁸.

Cabe precisar, no obstante, que algunos convenios, de forma más acertada, sí están situando la desconexión digital en capítulos

⁵²Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal de perfumería y afines (artículo 16); Resolución de 6 de febrero de 2029 de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo la que se dispone el registro oficial y publicación del Convenio Colectivo de la Institución Ferial Alicantina (IFA) (artículo 26, que lleva por rúbrica “inviolabilidad de la persona del trabajador”).

⁵³Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo del Grupo ASV Servicios Funerarios (artículo 80); Resolución de 1 de agosto de 2019 disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022 (artículo 41).

⁵⁴Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Siemens Healthcare, SLU (artículo 24).

⁵⁵Resolución de 9 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (artículo 47).

⁵⁶Resolución de 24 de junio de 2020 de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo de Convenio Colectivo de la empresa Estrella de Levante, Fábrica Cerveza, S.A. (artículo 21).

⁵⁷Resolución de 7 de octubre por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de trabajo del sector del comercio e importadores de artículos fotográficos vídeo y sonido de la provincia de Barcelona para los años 2019 al 2021 (artículo 76).

⁵⁸Resolución de 3 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (artículo 95); Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio Colectivo estatal del corcho (artículo 113); Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021) (artículo 85); Resolución de 9 de julio de 2019 de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la industria del calzado (artículo 72); Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de las entidades públicas empresariales Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad (cláusula 13ª); Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (artículo 78).

relacionados con la “jornada y tiempo de trabajo”⁵⁹, “conciliación de la vida familiar y laboral”⁶⁰, así como con la “seguridad y salud en el

⁵⁹Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU (artículo 21.3); Resolución de 19 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Michelin España Portugal, S.A., para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo) (artículo 24); Resolución de 11 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones, SAU (artículo 27); Resolución de 21 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Servicios Dix 2012, S.L. (artículo 20); Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM) (artículo 48); Resolución de 26 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (artículo 32); Resolución de 22 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Grupo Santander (artículo 11); Resolución de 19 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa 3M España, S.L. (Capítulo IV, apartado 7); Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Red Universal de Marketing y Bookings Online, S. A., Rumbo (artículo 19.5); Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Renault Retail Group Madrid, S.A. (artículo 6 e); Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Servicios, Infraestructuras y Mantenimiento en el Deporte, SLU (artículo 32); Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Sociedad Española de Fútbol Profesional, SAU (artículo 32); Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Fundación Laliga (artículo 32); Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (artículo 23.4); Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU (artículo 23.4); Resolución de 16 de mayo de 2019 de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo-Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la empresa EUI IT Global Services AIE (artículo 16.10).

⁶⁰Resolución de 14 de julio de 2020 de la Consejería de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo-Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad por la que se registra y publica el Plan de Igualdad de la empresa Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud (apartado 5.4); Resolución de 26 de junio de 2020 de la Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad en Jaén por la que se ordena el registro y publicación del II Convenio Colectivo de ámbito empresarial para Software Delsol, S.A. (artículo 47); Resolución de 3 de junio de 2020 de la Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía en Huelva, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del I Convenio Colectivo de la empresa Ambulancias Almonte, S.L. (artículo 25); I Plan de Igualdad de la empresa Siro Jaén, SLU (BOP Jaén, 21 de enero de 2020) (Capítulo IV, apartado 4); Plan de Igualdad Unicarriers Manufacturing Spain, S.A. (BO Navarra, 14 de enero de 2020) (apartado 10); Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y

trabajo” (este último en menor medida)⁶¹. Pero claro, el hecho de que los negociadores estén ubicando el derecho a la desconexión digital en capítulos tan variopintos ya pone de manifiesto que la deficiente regulación del mismo (primero en una ley dedicada a la protección de datos y después en el ET en un artículo poco apropiado que lleva por rúbrica “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”) está derivando en un resultado disperso y confuso⁶².

Vaya por delante que hay convenios que, de cara a implementar el derecho, apuestan por la elaboración de una guía de buenas prácticas⁶³, por la creación de una comisión de trabajo⁶⁴. Algunos otros optan por delegar las funciones de vigilancia y resolución de conflictos que afecten al derecho a la desconexión digital a la comisión paritaria del convenio⁶⁵.

Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector del Comercio del Metal (artículo 21); Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (artículo 47 y anexo 3); Resolución de 1 de octubre de 2019 de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo la que se dispone el registro oficial, depósito y publicación del II Plan de Igualdad de la empresa Vinalopo Salud (capítulo 2, apartado 3, objetivo 1.4); Resolución de 26 de abril de 2019 de la Delegación Territorial de Empleo, Formación, Trabajo Autónomo, Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía en Huelva, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del I Convenio Colectivo de la empresa Autoamtax, SCA (artículo 26); Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (artículo 51 Ter).

⁶¹Resolución de 13 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Beer&Food (artículo 46); Resolución de 12 de marzo de 2020, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de trabajo de exhibición cinematográfica de la provincia de Barcelona para los años 2019-2021 (artículo 35); Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (BO Navarra, 16 de abril de 2019) (apartado 8).

⁶²TERRADILLOS ORMAECHEA, M. E. El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva: importancia de su regulación jurídica. **Lan Harremanak**, Leioa, n. 42, 2019, p. 80-81.

⁶³Resolución de 9 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (artículo 47).

⁶⁴Resolución de 5 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Michelin España Portugal, S.A., para los centros de trabajo de Aranda de Duero (Burgos), Valladolid, Almería y Vitoria-Gasteiz, para el período 2019-2022 (artículo 29); Resolución de 19 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Michelin España Portugal, S.A., para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo) (artículo 24); Resolución de 24 de febrero de 2020 del Delegado Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Gipuzkoa, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio Colectivo de Michelin España Portugal, S.A. (artículo 29); Resolución de 20 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Activa Innovación y Servicios, SAU (DA).

⁶⁵Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Siemens Healthcare, SLU (artículo 24); Resolución de 21 de enero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo

También conviene subrayar, por otro lado, que, aunque son muchos los convenios los que, haciendo eco de la norma legal, apuntan a la formación como una medida a tener en cuenta para implementar el derecho⁶⁶, solo uno, de entre todos los analizados, declara el compromiso

de Servicios Dix 2012, S.L. (artículo 20); Resolución de 28 de agosto de 2019 de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo la que se dispone el registro oficial y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Editorial Prensa Alicantina SAU (artículo 8).⁶⁶Resolución de 3 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (artículo 95); Resolución de 29 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos de la Comunidad de Madrid (DA III); Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU (artículo 21.3); Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Ahorramas, S.A.; Comercial Hermanos Vallejo, S.A.; Comercial Monte Igueldo, S.L.; Comercial Sierra, S.L.; J y M 44, S.A.; Majuan, S.L.; Monelja, S.L.; Rotterdam, S.L. y Rubio Martín, S.L. (Anexo I); Resolución de 24 de junio de 2020 de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo de Convenio Colectivo de la empresa Estrella de Levante, Fábrica Cerveza, S.A. (artículo 21); Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el sector de harinas panificables y sémolas (Anexo 9); Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo del Grupo ASV Servicios Funerarios (artículo 80); Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo estatal del corcho (artículo 113); Resolución de 13 de febrero de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU (artículo 24); Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (artículo 41 y Anexo 3); Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM) (artículo 48); Resolución de 26 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (artículo 32); Resolución de 4 de noviembre de 2019 por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio Colectivo de Trabajo del sector del comercio textil de Barcelona para los años 2019-2021 (DA 8); Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (Anexo XIII); Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Sociedad Española de Fútbol Profesional, SAU (artículo 32); Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Servicios, Infraestructuras y Mantenimiento en el Deporte, SLU (artículo 32); Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Fundación Laliga (artículo 32); Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (artículo 23.4); Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU (artículo 23.4); Resolución de 2 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario (artículo 89).

de establecer “anualmente” jornadas de formación para la sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática⁶⁷.

En definitiva, y a modo de conclusión de este apartado, queda claro que, salvo determinadas excepciones - que pueden contarse con los dedos de la mano - la negociación colectiva apenas está centrando sus esfuerzos en completar lo dispuesto en la Ley. Muy al contrario, pues básicamente se está limitando a emplear fórmulas reiterativas que no recogen los instrumentos o herramientas concretas para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital.

5 CONCLUSIONES

El uso prolongado o mal uso de las NTIC en el ámbito productivo ha provocado un alargamiento de la jornada de trabajo más allá de la legalmente permitida, ocasionando interferencias entre la vida privada y laboral de las personas trabajadoras, con la consiguiente disolución de fronteras, invasión de espacios y repercusión en los derechos de conciliación y salud laboral.

A la luz de la misma flexibilidad que proporcionan los dispositivos electrónicos y su extensión a un mayor número de trabajadores, a finales de 2018 nuestro legislador vino a reconocer el derecho a la desconexión digital a través de la LOPDP. Aunque pueda ser bien recibida la plasmación del derecho en la citada Ley, se ha de cuestionar, en primer lugar, la ubicación sistemática del derecho en su seno, pues ello ha limitado su contenido el cual gravita sobre la intimidad y no sobre otras dimensiones, quizá, más pertinentes (tiempo de trabajo y prevención de riesgos laborales). A ello se suma la tibia reforma del ET, que si bien constituye una buena iniciativa, lo cierto es que debería haber ido más allá con una configuración más protectora para el trabajador. Desde luego, el legislador ha optado por la vía más fácil y rápida. Hubiera sido más oportuno acometer una reforma más global y actualizada que enmarcara el nuevo derecho en una ordenación del tiempo de trabajo adaptada a las nuevas exigencias tecnológicas, empresariales y laborales.

También son notorias, por otro lado, las lagunas de la norma en cuestión, pues como ya se ha destacado, no define ni delimita el

⁶⁷Resolución de 10 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, S.L. (apartado 6.2, apartado 4); Resolución de 18 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, S.L. (artículo 6.2, apartado 4).

contenido del derecho, ni concreta las medidas o sanciones ante casos de incumplimiento empresarial. A tal efecto, y a mi parecer, sería deseable ampliar el desarrollo normativo de la desconexión digital, incluyendo formas que garanticen su cumplimiento y clarificando como debe ser la política interna empresarial en la que se regulen las condiciones de su ejercicio. Una regulación que no descargue, únicamente, sobre el trabajador la decisión de conectarse o no fuera del tiempo de trabajo, sino que incida, de igual forma, en la obligación empresarial de respetar los tiempos de descanso preestablecidos.

Ciertamente, el derecho a la desconexión digital, como parte del derecho al descanso, ya existía en nuestro país mucho antes de que se aprobara la LOPDP. Recordemos, en este sentido, que la SAN de 17 de julio de 1997 ya declaró nulas unas ordenes empresariales que obligaban a los trabajadores a mantener la conexión en todo momento, a través de sus teléfonos móviles, con la empresa y los clientes una vez concluida la jornada laboral, al entender que esas órdenes excedían las facultades normales y regulares de la empresa por estar asignadas en horas no coincidentes con la jornada de trabajo preestablecida.

El problema, por tanto, no está en la existencia del derecho, que es algo que resulta innegable, sino en lograr su plena efectividad y ejercicio. Y es aquí donde la negociación colectiva juega un papel destacado.

Desde luego, la regulación convencional debe ser consciente de que el simple reconocimiento del derecho no es suficiente para hacerlo efectivo, algo que aún no se ha llegado a asumir completamente, pues hasta la fecha, la mayoría de los convenios o acuerdos que han abordado de manera expresa la desconexión digital no han utilizado el potencial brindado por la Ley, limitándose, salvo contadas excepciones, a utilizar fórmulas rituales y reiterativas alejadas de recoger los instrumentos o herramientas concretas para su garantía.

La negociación colectiva debe concretar y adaptar el derecho a las circunstancias de los trabajadores afectados y a las características específicas de la actividad laboral desempeñada, huyendo de fórmulas tipo y de soluciones que no permitan alcanzar su eficacia práctica. Para alcanzar esa garantía efectiva, las normas convencionales deben abordar el problema desde una triple perspectiva: conciliación de la vida personal, familiar y laboral, tiempo de trabajo y desde luego, desde el prisma de la prevención de riesgos laborales. También han de poner el acento en el deber de abstención empresarial y, por supuesto, en las medidas oportunas que garanticen y faciliten su ejercicio, pues de lo contrario no estarían aportando nada nuevo al genérico derecho que cabe extraer de las normas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, los convenios y acuerdos han de hacer hincapié en las acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, a fin de educar a todos los trabajadores en el uso de las NTIC y sus riesgos. De esta forma, los trabajadores, adquiriendo una mayor consciencia de los perjuicios que conlleva la hiperconectividad y las ventajas que implica una desconexión efectiva en periodos de descanso semanal y vacaciones, contribuirían a lograr la efectividad del derecho. Las medidas más extremas como los periodos de siesta digital o toque de queda digital, sin descartar su eficacia, deberían ser subsidiarias y ser utilizadas ante el fracaso del deber de colaboración del trabajador.

REFERENCIAS

ADIÓS a las llamadas del jefe: el comité de BMW pide el derecho a ser “inaccesible”. **CincoDías**, Madrid, 16 feb. 2014. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/02/16/empresas/1392569862_943271.html. Acceso en: 2 sept. 2020.

AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTOBAL RONCERO, R. Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. *In*: AA.VV. **El futuro del trabajo que queremos**. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019). V. II. Madrid: Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017.

ALTÉS TÁRREGA, J. A; YAGÜE BLANCO, S. A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata. **Labos**, Madrid, v. 1, n. 2, p. 61-87, 2020.

ARANGUEZ VALENZUELA, L. El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital. *In*: MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.). **El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones**. Madrid: Cinca, 2018.

BAYLOS GRAU, A. El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España. **Labour & Law Issues**, Bolonia, v. 5, n. 1, p. 1-14, 2019.

CHARRO BAENA, P. Cambios tecnológicos y tiempo de trabajo. *In*: SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.; REDINHA, M. R. (Dir.). **Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras**. Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2017.

CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. El derecho a la desconexión digital en India y Filipinas. **Observatorio Parlamentario**, Santiago, 21 nov. 2019. Disponible en: <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/derecho-desconexion-digital-filipinas-india>. Acceso en: 2 sept. 2020.

CIALTI, P-H. El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? **Temas Laborales**, Sevilla, n. 137, p. 163-181, 2017.

COMARMOND, L. *Mails, SMS, téléphone: Syntec reconnaît le droit des cadres à la déconnexion*. **Les Echos**, Paris, 6 avril 2014. Disponible en: <https://www.lesechos.fr/2014/04/emails-sms-telephone-syntec-reconnait-le-droit-des-cadres-a-la-deconnexion-300493>. Acceso en: 13 nov. 2019.

ESPAÑA. Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo. Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo. **Notas Técnicas de Prevención NTP**, Madrid, n. 1122, p. 1-4, 2018a. Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>. Acceso en: 30 agosto 2020.

ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. **BOE**, Madrid, n. 294, 6 dic. 2018b. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>.

ESPAÑA. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Mercado de Trabajo. Empleo/Desempleo. Alemania. **Actualidad Internacional Sociolaboral**, Madrid, n. 217, p. 84-105, nov. 2017. Disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/217/REVISTA_217.pdf. Acceso en: 2 sept. 2020.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. **BOE**, Madrid, n. 255, 24 oct. 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico. **Boletín Informativo**, Madrid, Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT, n. 28, p. 8-15, agosto 2018.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. **Diritto della Sicurezza sul Lavoro**, Urbino, n. 2, p. 69-101, 2017.

FERNÁNDEZ, Tino. Porsche protegerá a sus empleados de correos electrónicos “fuera de hora”. **Expansión**, Madrid, 22 dic. 2017 Disponible en: <https://www.expansion.com/emprendedores-empleo/desarrollo-carrera/2017/12/20/5a3a65b2e2704e7a278b4629.html>. Acceso en: 2 sept. 2020.

FRANCE. Loi n. 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1). **Légifrance**, Paris, 2020. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id>. Acceso en: 1º sept. 2020.

GIBSON, Megan. Here’s a Radical Way to End Vacation Email Overload. **Time**, New York, 15 Aug. 2014. Disponible en: <https://time.com/3116424/daimler-vacation-email-out-of-office/>. Acceso en: 2 sept. 2020.

GONZÁLEZ COBALEDA, E. Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos laborales. In: GARCÍA DE LA TORRE, A. (Dir.); FERNANDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.). **Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo: nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo**. Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016.

IGARTUA MIRÓ, M. T. El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. **Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social**. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, Madrid, n. 432, p. 63-87, 2019.

INFOJOBS. **3 de cada 10 españoles afirma que el teletrabajo dificulta la desconexión digital**. Barcelona, 5 agosto 2020. Disponible en: <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/3-de-cada-10-espanoles-afirma-que-el-teletrabajo-dificulta-la-desconexion-digital>. Acceso en: 1º sept. 2020.

INFOJOBS. **La mitad de los trabajadores responden e-mails y llamadas de trabajo durante sus vacaciones**. Barcelona, 21 jul. 2018. Disponible en: <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/la-mitad-de-los-trabajadores-responden-e-mails-y-llamadas-de-trabajo-durante-sus-vacaciones>. Acceso en: 30 agosto 2020.

ITALIA. L. 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione

flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. **Gazz. Uff.**, Roma, 13 giugno 2017. Disponible en: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Legge-22-maggio-2017-n81.pdf>. Acceso en: 2 sept. 2020.

MALAGÓN, Patricia. Nueva York multará a las empresas que envíen mensajes a sus trabajadores fuera del horario laboral. **Libre Mercado**, Madrid, 15 abr. 2018. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2018-04-15/nueva-york-multara-a-las-empresas-que-envien-mensajes-a-sus-trabajadores-fuera-del-horario-laboral-1276616973/>. Acceso en: 3 sept. 2020.

MARTÍN MUÑOZ, M. R. Tiempo de trabajo y desconexión digital. In: JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES, 38., 2019, Sevilla. **Ponencias presentadas**. Sevilla: Junta de Andalucía, 2019. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=2d610b39-8a5b-4abc-817b-09646efce58c&groupId=10128. Acceso en: 11 sept. 2020.

METTLING, B. Transformation numérique et vie au travail: rapport à l'attention de Mme. Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social. **Vie publique**, Paris, sept. 2015. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf>. Acceso en: 13 nov. 2019.

MOLINA NAVARRETE, C. Jornada laboral y tecnologías de la información: desconexión digital, garantía del derecho al descanso. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 138, p. 249-283, 2017.

MONEREO ATIENZA, C.; MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.). **La Europa de los derechos**: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Granada: Comares, 2012.

MONEREO ATIENZA, C.; MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.). **La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa**: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Granada: Comares, 2017.

PÉREZ CAMPOS, A. I. La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, Madrid, n. 52, p. 101-124, 2019.

PURCALLA BONILLA, M. A. Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas. **Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales**, Barcelona, v. 5, p. 95-110, 2018.

RADICAN proyecto de ley para garantizar el derecho a la desconexión laboral en Colombia. **América Digital**, Coral Gables, 27 mayo 2020. Disponible en: <https://www.americadigital.com/colombia/radican-proyecto-de-ley-para-garantizar-derecho-a-la-desconexion-laboral-72051>. Acceso en: 3 sept. 2020.

SERRANO ARGÜESO, M. *Always on*. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, Modena, v. 7, n. 2, p. 164-189, 2019a.

SERRANO ARGÜESO, M. Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral. **IUSLabor**, Barcelona, n. 2, p. 8-31, 2019b.

TALÉNS VISCONTI, E. E. La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. **Revista de Información Laboral**, Valladolid, n. 4, p. 1-12, 2018.

TELETRABAJO: nueva ley contempla desconexión digital por 12 horas continuas. **Textual CL**, 25 marzo 2020. Disponible en: <https://www.textual.cl/teletrabajo-nueva-ley-contempla-desconexion-digital-por-12-horas-continuas/>. Acceso en: 3 sept. 2020.

TERRADILLOS ORMAECHEA, M. E. El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva: importancia de su regulación jurídica. **Lan Harremanak**, Leioa, n. 42, p. 50-88, 2019.

VOLKSWAGEN turns off Blackberry email after work hours. **BBC News Technology**, London, 8 Mar. 2012. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/technology-16314901>. Acceso en: 2 sept. 2020.

ZAMORA, S. Desconexión digital ¿novedad o anécdota? **Diario La Ley**, Madrid, n. 9363, p. 1-2, 2019.



Trabalhos do Meio Científico

LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO: a inércia do empregador e a caracterização do dano extrapatrimonial

SOCIAL SECURITY LABOR LEGAL LIMBO: the employer's inertia and the characterization of off-balance sheet damage

CORRÊA, Lucas Adolfo da Cruz*

Resumo: Presta-se o presente artigo a analisar as situações de limbo jurídico trabalhista previdenciário, relacionando-o com a conduta adotada pelo empregador nestes casos, a qual, se inerte, poderá resultar em danos extrapatrimoniais causados ao empregado, que são passíveis de reparação. Faz-se a apresentação de decisões proferidas pelas Cortes Trabalhistas brasileiras a respeito do assunto aqui debatido, a fim de melhor se compreender o tema e entender quais os direcionamentos adotados pela justiça laboral nestas situações.

Palavras-chave: Limbo jurídico. Dano extrapatrimonial. Previdência social.

Abstract: The present article under analysis is provided as a hypothesis of social security labor limbo, relating it to the conduct adopted by the employer case, which, if inert, may result in off-balance sheet damages caused by use, which are subject to proof. The decisions made by the Brazilian Labor Courts regarding the subject discussed here are presented, in order to better understand the theme and make sense of the directions adopted by the labor justice in those situations.

Keywords: Legal limbo. Off-balance sheet damage. Social security.

*Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale, São Paulo. Pós-graduando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Contato: lacc.correa@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo das situações caracterizadas como limbo jurídico trabalhista previdenciário, relacionando-as com o dever imposto ao empregador de efetuar o pagamento de salários ao empregado enquanto vigente o contrato de trabalho.

Para isso, apresentam-se, de início, alguns aspectos relacionados à proteção previdenciária do empregado incapacitado, fazendo-se apontamentos sobre a Lei de Benefícios da Previdência Social.

Não se deixa de discorrer, também, a respeito do conceito construído pela doutrina e jurisprudência no tocante ao limbo jurídico trabalhista previdenciário. Após, estudam-se algumas decisões das Cortes Trabalhistas brasileiras em relação ao assunto aqui em comento. Por fim, faz-se a reflexão em torno da conduta do empregador ensejadora do dano extrapatrimonial nas situações de limbo jurídico.

2 A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA AO EMPREGADO INCAPACITADO

Ao discorrer sobre o tema aqui em debate, torna-se necessário, inicialmente, apontar a definição de segurado da Previdência Social. Em relação a isso, destaca-se que o Decreto n. 3.048, de 1999, também conhecido como Regulamento da Previdência Social (RPS), estabelece em seu art. 9º quem são os segurados obrigatórios e facultativos, apresentando em seu texto um amplo rol de pessoas físicas que poderão assim ser consideradas.

Tem-se que os segurados obrigatórios são as pessoas físicas que ingressam no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) sem que haja a necessidade de expressarem a vontade de fazê-lo, que contribuem compulsoriamente para o sistema de Seguridade Social e, por consequência, possuem o direito aos benefícios e serviços oferecidos pela Previdência Social. Por sua vez, os segurados facultativos são aqueles que, não estando em nenhuma situação que a lei considera como segurado obrigatório, contribuem para o sistema, não estando vinculados a nenhum outro regime previdenciário (LAZZARI; KRAVCHYCHYN; KRAVCHYCHYN; CASTRO, 2018, p. 74).

Citam-se como exemplos de segurados obrigatórios, nos termos do art. 9º do Regulamento da Previdência Social: o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual e o segurado especial. No presente trabalho, no entanto, somente se disporá a respeito do segurado empregado.

O empregado, de acordo com o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é toda pessoa física que presta serviços com habitualidade ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Sendo pessoa física, todo empregado está sujeito a ficar doente e, por consequência, tornar-se incapacitado, temporária ou permanentemente, para o desenvolvimento das suas atividades laborativas.

A incapacidade do empregado pode ser decorrente de uma doença ou de algum acidente de qualquer natureza, podendo, também, ser resultado de um acidente de trabalho, assim considerado aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho, conforme exposto no art. 19, *caput*, da Lei n. 8.213/1991.

Uma vez incapacitado para o trabalho, o empregado deve imediatamente ser afastado de suas funções, cabendo ao seu empregador pagar-lhe os quinze primeiros dias de afastamento, conforme preceitua o art. 43, § 2º, bem como o art. 60, § 3º, ambos da Lei n. 8.213/1991.

A partir do décimo sexto dia de afastamento do empregado em razão da sua incapacidade para o exercício das atividades laborativas, ser-lhe-á devido, a depender do caso específico, o auxílio por incapacidade temporária (ainda chamado de “auxílio-doença” pela redação da Lei n. 8.213/1991, que não foi adequada às disposições da Emenda Constitucional n. 103/2019 - Reforma da Previdência), ou a aposentadoria por incapacidade permanente (chamada ainda de “aposentadoria por invalidez” na redação da Lei n. 8.213/1991).

Pode-se definir o auxílio por incapacidade temporária como sendo a:

[...] prestação nitidamente previdenciária temporária, substituidora dos salários, de pagamento continuado, reeditável [...], é direito do segurado incapaz para o seu labor por mais de 15 dias [...], provindo de doença ou enfermidade comum ou acidentária. (MARTINEZ, 2014, p. 852).

Já a aposentadoria por incapacidade permanente diz respeito, segundo Mozart Victor Russomano (1981, p. 135), ao:

[...] benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência.

Além da proteção previdenciária concedida ao empregado através dos dois benefícios retro mencionados, a legislação previdenciária também prevê a concessão do chamado “auxílio acidente”, o qual diz respeito a um:

Benefício previdenciário pago mensalmente ao segurado acidentado como forma de indenização, sem caráter substitutivo do salário, pois é recebido cumulativamente com o mesmo, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza - e não somente de acidentes de trabalho -, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (LAZZARI; KRAVCHYCHYN; KRAVCHYCHYN; CASTRO, 2018, p. 427).

Verifica-se, portanto, que ao empregado incapacitado a Previdência Social assegura, ao menos, três benefícios visando ampará-lo no momento da impossibilidade do exercício das atividades laborativas que lhe garantem a subsistência própria e familiar.

3 PARECERES DIVERGENTES ENTRE A PERÍCIA MÉDICA PREVIDENCIÁRIA E O MÉDICO DO TRABALHO

Certo é que todos os benefícios previdenciários por incapacidade, os quais foram citados anteriormente neste trabalho, dependem, indissociavelmente, da submissão do segurado empregado à perícia médica.

Essa exigência, contudo, foi atenuada em razão da pandemia do novo coronavírus, que resultou no fechamento das agências da Previdência Social em todo o território nacional. Sendo assim, nos termos da Lei n. 13.982/2020, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) foi autorizado a conceder a antecipação de 1 (um) salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença, durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação da respectiva Lei, ou até a realização de perícia pela Perícia Médica Federal, o que ocorrer primeiro.

Ressalta-se que essa antecipação se condiciona ao cumprimento da carência exigida para o benefício, bem como à apresentação de atestado médico que cumpra os requisitos exigidos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS, quais sejam: estar legível e sem rasuras; conter a assinatura do profissional emitente e carimbo de identificação, com o registro do Conselho de

Classe; conter as informações sobre a doença ou a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), e conter o prazo estimado de repouso necessário (Portaria Conjunta n. 9.381, de 6 de abril de 2020, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho).

Embora a antecipação do pagamento do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) tenha sido autorizada somente mediante a apresentação de atestado médico, a própria Portaria Conjunta n. 9.381 aduziu, em seu art. 5º, que:

O beneficiário será submetido à realização de perícia pela Perícia Médica Federal, após o término do regime de plantão reduzido de atendimento nas Agências da Previdência Social: [...]. (BRASIL, 2020).

Ou seja, mais uma vez restou claro que a concessão de benefício por incapacidade está diretamente vinculada à submissão do segurado à perícia médica a ser realizada pelo profissional perito do Instituto Nacional do Seguro Social.

Ocorre que, em determinadas ocasiões, após ficar afastado do trabalho por quinze dias em razão de doença ou acidente, o empregado é encaminhado por seu empregador ao INSS com o escopo de ser submetido à perícia médica para fins de recebimento do benefício por incapacidade temporária ou, ainda, da aposentadoria por incapacidade permanente.

Feito o exame pericial pelo perito da autarquia previdenciária, este profissional da medicina conclui que o segurado empregado encontra-se apto para o trabalho e o encaminha de volta ao seu empregador para a retomada das atividades laborativas.

Contudo, ao se apresentar de volta ao trabalho, o empregador, através do seu médico do trabalho, verifica que o empregado, ao contrário do parecer da perícia médica do INSS, não possui condições de desenvolver as suas funções habituais, pois há incapacidade laborativa.

Desta forma, o empregador não autoriza o empregado à retomada dos trabalhos, podendo este ficar sem a percepção de salário, pois efetivamente não haverá labor, e também sem o amparo previdenciário, tendo em vista o parecer negativo em relação à incapacidade pelo perito médico do INSS.

Surge, então, uma situação de incerteza, tanto para o empregado quanto para o empregador - é o chamado limbo jurídico trabalhista previdenciário, que será melhor explorado nas linhas a seguir.

4 A CARACTERIZAÇÃO DO LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO

Necessário se faz esclarecer que o chamado limbo jurídico trabalhista previdenciário não está previsto em lei, sendo, por isso, uma criação doutrinária e jurisprudencial.

Tem-se, neste sentido, que as situações caracterizadas como “limbo jurídico” dizem respeito a:

Casos em que o trabalhador entra em fruição de auxílio-doença e, com a cessação do benefício, é submetido a exame médico na empresa (de retorno ao trabalho), em que o médico desta, ou por ela credenciado, considera o trabalhador inapto para retornar ao trabalho, causando um impasse de grave risco à subsistência do indivíduo e de seus dependentes, pois, cessado o auxílio-doença, também não recebe salário de seu empregador. (LAZZARI; KRAVCHYCHYN; KRAVCHYCHYN; CASTRO, 2018, p. 407).

Prosseguindo nos ensinamentos doutrinários acerca do tema aqui debatido, Luciano Martinez (2019, p. 647) aduz que:

Limbo é palavra que provém do latim, *limbus*, que se pode traduzir como orla, debrum, margem ou franja. Há nesse vocábulo, em sentido jurídico trabalhista-previdenciário, uma clara ideia de posicionamento do trabalhador/segurado num ponto esquecido e não protegido nem pela lei trabalhista nem pela lei previdenciária. A ideia de ‘esquecimento’ provém da concepção católica de limbo, que corresponde a um lugar fora dos limites do céu, no qual se vive de forma esquecida, sem a visão plena da eternidade, privado da visão beatificada de Deus. Dizer que alguém está no ‘limbo previdenciário’, portanto, equivale afirmar que esta pessoa foi ‘esquecida’ tanto no âmbito da relação trabalhista quanto previdenciária, pois vive uma situação na qual não se arrima nem pelo salário nem por benefício previdenciário.

Ou seja, resta demonstrado o limbo jurídico quando o empregado encontra-se desamparado financeiramente, pois não está recebendo da previdência social o benefício por incapacidade, nem tampouco os salários oriundos do seu respectivo empregador, sofrendo uma situação de incerteza quanto à sua subsistência.

Além da doutrina, as decisões jurisprudenciais também apresentam definições acerca desse assunto. Veja-se a seguir:

Caracteriza-se 'limbo jurídico trabalhista previdenciário' a situação jurídica na qual o empregado, que teve suspensos os efeitos do seu contrato de trabalho, por força de auxílio-doença concedido pelo INSS, vem a receber, em momento posterior, alta previdenciária da autarquia federal, com a cessação do pagamento do benefício, por ser considerado apto ao trabalho, sem obter, contudo, o mesmo reconhecimento de tal aptidão pelo setor de medicina do empregador, que o impede de retornar às suas atividades laborais. Resulta de tal situação a falta de percepção de salários e de importes relativos ao benefício cessado, ficando, o trabalhador, sem renda para sua subsistência no interregno em que não solvido o impasse. (TRT 12ª Região, Proc. 0000805-31.2016.5.12.0034, 6ª Câmara, Rel. Des. Ligia Maria Teixeira Gouvêa, j. 4.9.2017).

A prorrogação do benefício previdenciário foi negada pelo INSS por não constatação da incapacidade laborativa em 5.10.2018 (fl. 29). O setor médico da reclamada, diversamente, entendeu que o reclamante permanece incapaz para o trabalho, razão pela qual a empresa se negou a reinseri-lo na empresa. Assim, o reclamante permaneceu em limbo jurídico, sem receber benefício previdenciário ou salário, sendo impedido de retornar ao trabalho pela recusa da empregadora. (TRT 15ª Região, Proc. 0011181-54.2018.5.15.0121, 8ª Câmara, Rel. Juiz Maurício de Almeida, j. 11.6.2019).

Em resumo, o limbo jurídico trabalhista previdenciário existirá quando o empregado, após ser considerado apto para o trabalho pela perícia médica do INSS, retorna ao seu empregador, sendo impedido de retomar os seus serviços, pois este último o considera inapto para o trabalho, de modo a se encontrar em uma situação de incerteza quanto à sua subsistência, tendo em vista a não percepção de salários e também, ao mesmo tempo, o não recebimento do benefício previdenciário por incapacidade, seja ela temporária ou permanente.

5 A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NA GARANTIA DE SALÁRIOS AO EMPREGADO

Conforme já exposto em linhas anteriores, não há qualquer previsão no ordenamento jurídico brasileiro acerca das situações de limbo

jurídico trabalhista previdenciário às quais o empregado pode se submeter. Isso faz com que empregados e empregadores encontrem-se em um dilema sobre o que fazer nesses casos.

É comum, diante disso, que os empregadores, seguindo a orientação do médico do trabalho quanto à incapacidade do trabalhador, não permitam a este retornar ao exercício de suas atividades laborativas, permanecendo sem trabalhar e, por consequência, sem receber salários, e também sem o benefício previdenciário, tendo em vista a perícia médica ser desfavorável à sua concessão.

Sendo assim, alguns empregados optam por tentar judicialmente a concessão do benefício previdenciário, o que, todavia, pode demorar meses, até mesmo anos, a depender da celeridade processual em cada comarca, tendo em vista a necessidade de também ser submetido à perícia, desta vez com um médico de confiança do Juízo.

Outros empregados, em posse de documentação médica que ateste estarem aptos ao trabalho, preferem ajuizar uma demanda na Justiça do Trabalho, visando compelir o empregador (réu) a permitir o seu retorno ao posto de trabalho, com o pagamento dos salários e demais direitos desde a cessação do benefício previdenciário até o seu efetivo retorno (LAZZARI; KRAVCHYCHYN; KRAVCHYCHYN; CASTRO, 2018, p. 407).

Torna-se necessário esclarecer que, em ambos os casos, tanto do empregado que opte por ajuizar uma ação contra o INSS visando a concessão do benefício, quanto daquele que demande contra o empregador visando seu retorno ao trabalho, o processo costuma, corriqueiramente, ser demorado, ficando o obreiro sem meios adequados à garantia de sua subsistência.

Situações como essas foram sendo apresentadas ao Poder Judiciário trabalhista, de modo que firmou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que cabe ao empregador pagar os salários ao empregado, mesmo quando entenda que o obreiro encontra-se inapto para o trabalho após a alta previdenciária ou a negativa inicial de concessão do benefício pelo INSS. Para exemplificar, citam-se abaixo algumas importantes decisões do C. Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. PAGAMENTO DOS SALÁRIOS DURANTE O PERÍODO DE 'LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO'. I. O entendimento predominante no âmbito deste TST nos casos do denominado 'limbo jurídico previdenciário', em que o INSS concede alta ao trabalhador ou nega-lhe

a concessão de auxílio-doença e o empregador não permite que o empregado trabalhe por conta de avaliação do médico da empresa dissonante dos termos da perícia previdenciária, é no sentido de que **a responsabilidade pelo pagamento dos salários durante o período no qual o obreiro não recebe nenhum benefício do Órgão Previdenciário, mas fica sem poder trabalhar por determinação patronal, é do empregador**, tal qual decidiu o Tribunal Regional de origem. II. Inviável, pois, o prosseguimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial, já que a decisão exarada pelo TRT está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, incidindo na hipótese a Súmula n. 333 desta Corte. (Processo AIRR 1001467-79.2013.5.02.0383, data de julgamento 9.5.2018, Relator Desembargador Convocado Ubirajara Carlos Mendes, 7ª Turma, data de publicação DEJT 11.5.2018). (Grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA (APRESENTADO EM FACE DO TEOR DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 40/2016 DO TST). IMPASSE ENTRE A PERÍCIA DO INSS E A AVALIAÇÃO MÉDICA DA EMPRESA. LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO QUE PERMANECE POR UM PERÍODO SEM RECEBER SALÁRIOS. PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O caso dos autos diz respeito à situação em que se configura um impasse entre a avaliação perpetrada pelo perito do INSS, que considera o trabalhador apto ao trabalho, e o perito médico do trabalho, que entende que o empregado não tem condições de voltar a trabalhar. **Trata-se de situação que é denominada pela doutrina de 'limbo jurídico previdenciário', que se caracteriza por ser um período no qual o empregado deixa de receber o benefício previdenciário, e também não volta a receber os seus salários. A esse respeito, o entendimento predominante no âmbito desta Corte é no sentido de que a responsabilidade pelo pagamento dos salários é do empregador.** Precedentes. (Processo ARR 20301-50.2015.5.04.0601, data de julgamento 11.4.2018, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, data de publicação DEJT 13.4.2018). (Grifo nosso).

RETORNO AO TRABALHO APÓS ALTA PREVIDENCIÁRIA. RECUSA INJUSTIFICADA DO EMPREGADOR. LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO. É incontroverso nos autos que a reclamada, com fundamento em atestados médicos,

impediu que a reclamante retornasse às suas atividades laborais, tampouco procedeu à readaptação da trabalhadora em outras funções, embora a demandante tenha sido considerada apta para o trabalho pela perícia médica do INSS. Cumpre enfatizar que, nos termos do art. 2º da Lei 10.876/2004, o perito médico do INSS possui competência exclusiva para emissão de parecer conclusivo sobre a capacidade de retorno ao trabalho do empregado. Assim, pareceres médicos, ainda que emitidos por profissional da empresa, não têm o condão de respaldar a recusa da empresa em permitir o retorno do empregado ao seu posto de trabalho. Isso porque, embora a empregadora tenha o dever de preservar a integridade física e a saúde do trabalhador, não pode privá-lo de seu direito ao recebimento de salário. Dessa forma, a conduta da empresa, ao impedir o retorno do empregado à atividade laboral e, conseqüentemente, inviabilizar o recebimento da contraprestação pecuniária, mesmo após a alta previdenciária, se mostra ilícita, nos termos do art. 187 do Código Civil. Ressalte-se, ainda, que, segundo os termos do art. 476 da CLT, com o término do benefício previdenciário, o contrato de trabalho voltou a gerar todos os efeitos, permanecendo com o empregado o dever de prestar serviços e, com o empregador, o de pagar salários. Assim, impedido de retornar ao emprego, e já cessado o pagamento do benefício previdenciário, o empregado permanece no 'limbo jurídico previdenciário trabalhista', como denominado pela doutrina. Com efeito, a jurisprudência desta Corte vem se consolidando no sentido de que, nessas hipóteses, há conduta ilícita do empregador em não permitir o retorno do empregado ao trabalho, pois evidenciada afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, inserto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo RR 128-68.2013.5.09.0008, data de julgamento 7.3.2018, Relator Ministro Breno Medeiros, 5ª Turma, data de publicação DEJT 16.3.2018).

Conforme citado na última decisão retro transcrita, pelas disposições art. 476 da CLT o empregado permanecerá com o contrato de trabalho suspenso somente enquanto durar o benefício previdenciário; após a cessação deste, o contrato volta a produzir seus efeitos, sendo obrigação do empregador o pagamento dos salários e, em contrapartida, dever do empregado o exercício das atividades laborativas.

No entanto, obtendo o empregado parecer contrário ao retorno para trabalho, oriundo da análise feita pelo médico da empresa,

cabe a esta pagar-lhe os salários, uma vez que o contrato de emprego não mais encontra-se suspenso. Neste sentido decidiu o E. Tribunal Regional da 15ª Região:

Não obstante a licitude da conduta patronal de obstar o retorno do reclamante ao trabalho, protegendo seu direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF), a **alta previdenciária exige o pagamento de salários, o que não ocorreu, relegando o obreiro a uma situação de penúria e desamparo, a contrario sensu** do determinado no art. 476 da CLT, pois, não se tratando de licença não remunerada, só podem caber salários contratuais. **Não há respaldo legal para a manutenção da suspensão do contrato de trabalho após a alta previdenciária.** Cumpre destacar que a presente situação equivale à absoluta falta de pagamento de salários da mora salarial contumaz, proposita, abusiva e injustificada (art. 186 do Código Civil). Irrelevante, aqui, a circunstância de o próprio reclamante ter se considerado inapto, na medida em que restou comprovado que esse também era o entendimento da empregadora, o qual, evidentemente, é o que prevalece, diante da possibilidade de demissão por justa causa, em razão do abandono de emprego (art. 482, 'i', da CLT). **Assim, se a reclamada não permitiu o retorno do autor ao trabalho, a despeito do posicionamento do INSS em sentido contrário, deve arcar com a indenização equivalente ao pagamento dos salários do período desde a alta previdenciária até o efetivo retorno ao trabalho,** em função compatível com as condições de saúde do reclamante, a critério do serviço médico da empresa. (Proc. 0011181-54.2018.5.15.0121, 8ª Câmara, Relator Juiz Maurício de Almeida, j. 11.6.2019).

O mesmo entendimento é externado pelo C. Tribunal Superior do Trabalho, conforme decisão abaixo transcrita:

[...] RETORNO AO TRABALHO APÓS ALTA PREVIDENCIÁRIA. RECUSA INJUSTIFICADA DO EMPREGADOR. LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO. A Corte local, com esteio nas provas dos autos, manteve a sentença que deferiu reintegração ao autor, bem como os salários vencidos e demais verbas, a contar de 18.12.2008, ao registro de que após a cessação do benefício previdenciário, a reclamada não permitiu o retorno do trabalhador ao labor, tampouco o dispensou. Assentou o e. TRT que, cessada a percepção do auxílio-doença

acidentário, 'é atribuição da Reclamada, a partir daí, inserir o trabalhador em suas atividades, ainda que o readaptando a atividades compatíveis ou então despedi-lo', porém assim não o fez. À luz do que dispõe o art. 187 do Código Civil, **verifica-se que a conduta da empresa, ao impedir o retorno do empregado à atividade laboral e, conseqüentemente, inviabilizar o recebimento da contraprestação pecuniária, mesmo após a alta previdenciária, se mostra ilícita. Ressalte-se, ainda, que, segundo os termos do art. 476 da CLT, com o término do benefício previdenciário, o contrato de trabalho voltou a gerar todos os efeitos**, permanecendo com o empregado o dever de prestar serviços e, com o empregador, o de pagar salários. Assim, impedido de retornar ao emprego, e já cessado o pagamento do benefício previdenciário, o empregado permanece no 'limbo jurídico previdenciário trabalhista', como denominado pela doutrina. Com efeito, a jurisprudência desta Corte vem se consolidando no sentido de que, cessado o benefício previdenciário, há conduta ilícita do empregador em não permitir o retorno do empregado ao trabalho, pois evidenciada afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana inscrito no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes. Desse modo, correta a decisão que deferiu ao autor a reintegração, bem como os salários vencidos e demais verbas a contar da data da alta previdenciária. Incidem, portanto, a Súmula n. 333 desta Corte e o art. 896, § 7º, da CLT como óbices ao prosseguimento da revista. Ademais, cumpre ressaltar que a questão não foi decidida pelo Regional com base nas regras de distribuição do *onus probandi*, mas na prova efetivamente produzida e valorada (Súmula 126/TST), razão pela qual não há falar em ofensa aos arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC. Agravo não provido. (Ag-AIRR 1028-89.2012.5.05.0463, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 9.5.2019).

Logo, cessando o benefício previdenciário até então recebido pelo empregado, o seu contrato de emprego volta a produzir efeitos, consoante o previsto no art. 476 da CLT, impondo ao empregador o dever de lhe pagar salários, de modo a se evitar que o obreiro seja submetido a uma situação de penúria, desamparo e incerteza.

O dever do empregador de pagar os salários do empregado nas situações aqui narradas somente será afastado se houver recusa deliberada e injustificada do trabalhador em retornar à prestação dos seus serviços.

6 O DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DA INÉRCIA DO EMPREGADOR EM SITUAÇÃO DE LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO

Caso o empregador se recuse a pagar os salários do empregado que se encontra em uma situação de limbo jurídico trabalhista previdenciário, o primeiro estará cometendo um ato ilícito por abuso de direito, o qual está previsto no art. 187 do Código Civil e ocorre “sempre que o direito for exercido com excesso manifesto aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 6).

Importa ressaltar que, uma vez submetido a exame junto ao médico do trabalho, após a cessação do benefício previdenciário, caso esse profissional indique a readaptação do empregado e ele injustificadamente se recuse a fazê-lo, deixando de comparecer para a prestação dos serviços na função readaptada, não há que se falar em abuso do direito por parte do empregador pelo não pagamento dos salários. Isso ocorre tendo em vista que:

Há uma linha divisória entre o exercício regular do direito e o abuso do direito. O primeiro se transforma em ato ilícito quando ultrapassa os limites estabelecidos pela lei. O que efetivamente caracteriza o abuso do direito, como já ressaltado, é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica do direito, enfim, exercido sem motivo legítimo. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 256).

Haverá abuso de direito, portanto, somente quando o empregador agir sem motivo legítimo, ultrapassando os limites a ele estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Por isso, ao exceder o seu poder de direção estabelecido na lei (art. 2º da CLT), impedindo o empregado de retornar ao trabalho e também o mantendo sem salários mesmo após cessado o benefício previdenciário, ocasião em que o contrato de emprego estará produzindo todos os seus efeitos, o empregador comete abuso de direito. Tal conduta corresponde a um ato ilícito que resulta no dever de reparação (art. 927 do Código Civil), conforme entendimento C. TST externado na decisão a seguir mencionada:

[...] INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.
CONDUTA DA RECLAMADA EM IMPEDIR O

RETORNO DA RECLAMANTE AO TRABALHO APÓS ALTA PREVIDENCIÁRIA. ATO ILÍCITO. TRANSCENDÊNCIA. A causa oferece transcendência política. No caso, a reclamante, após alta previdenciária, foi impedida pela reclamada de retornar ao trabalho, sob a justificativa de que estaria inapta. O eg. TRT, ao indeferir o pedido de indenização por dano moral, contrariou a jurisprudência desta c. Corte, no sentido de que a conduta da empresa em impedir o retorno ao trabalho do empregado que recebeu alta previdenciária, deixando-o sem receber salários, configura ato ilícito a ensejar indenização por dano moral. Demonstrada possível violação do art. 927 do Código Civil, o recurso de revista deve ser processado. Agravo de Instrumento de que se conhece e a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. LEI 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONDUTA DA RECLAMADA EM IMPEDIR O RETORNO DA RECLAMANTE AO TRABALHO APÓS ALTA PREVIDENCIÁRIA. ATO ILÍCITO. O entendimento desta c. Corte Superior é no sentido de que configura ato ilícito a ensejar indenização por dano moral a conduta da reclamada em impedir o retorno do empregado ao trabalho que recebeu alta previdenciária, deixando-o sem receber salários, sob a justificativa de que estava inapto para o trabalho. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (ARR 1001414-97.2017.5.02.0435, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 9.8.2019).

Ao verificar o empregador que o obreiro, mesmo recebendo alta previdenciária, foi considerado inapto pelo médico do trabalho, ele não pode permanecer inerte, ao contrário, deve considerar a hipótese de readaptação do empregado ou mesmo a possibilidade de dispensá-lo, caso não possua estabilidade garantida em lei, mas nunca deixá-lo sem receber salários, tendo em vista o contrato de emprego não mais estar suspenso (art. 476 da CLT).

Deste modo, ocorrendo a inércia do empregador, mantendo o empregado sem salários e sem lhe permitir retornar ao posto de trabalho por considerá-lo inapto, o primeiro cometerá ato ilícito que gera dano moral ao segundo, cabendo a devida reparação, como determina o art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que, após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, a chamada “Reforma Trabalhista”, o dano moral em âmbito trabalhista recebeu a terminologia de “dano extrapatrimonial”. Sobre isso leciona Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 785):

Segundo a literalidade da nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes.

As disposições acerca do dano extrapatrimonial estão previstas nos arts. 223-A a 223-G, introduzidos à CLT pela Reforma Trabalhista, o qual pode ser caracterizado, nos termos do art. 223-B da CLT, como sendo a “[...] ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica [...]” (BRASIL, 2017).

O art. 223-F deixa claro que a reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

Sendo assim, nos casos de limbo jurídico trabalhista previdenciário, o empregado poderá pleitear judicialmente tanto o pagamento dos salários relativos ao período (danos materiais), quanto a reparação pelos danos extrapatrimoniais, vez que exposto a uma situação de penúria e incerteza decorrente do não recebimento de salários.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano não está isento de ser diagnosticado com doenças ou sofrer acidentes, de trabalho ou não, que o torne incapacitado para o trabalho. Daí a necessidade de o ordenamento jurídico apresentar meios para se tutelar as situações de incapacidade nas quais o empregado se encontre.

Por isso é que a Constituição da República previu a proteção previdenciária para os eventos de incapacidade temporária e permanente, a qual foi regulamentada em normas infraconstitucionais, tais como a Lei n. 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social) e o Decreto n. 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social).

No entanto, há situações fáticas que não apresentam regulamentação jurídica, revelando-se um verdadeiro limbo, uma questão esquecida, sem legislação trabalhista ou previdenciária que lhe diga respeito.

Ocorrendo situações nas quais o empregado encontre-se no chamado limbo jurídico trabalhista previdenciário, o qual foi explicitado neste trabalho, cabe ao empregador adotar uma conduta ativa no sentido de não deixar o obreiro sem salários, desamparado e com incertezas quanto ao futuro. Caso se mantenha inerte nessas ocasiões, o empregador poderá estar cometendo ato ilícito por abuso de direito, que gera o dever de reparação.

Logo, ao empregador cabe, assim que tomar ciência da alta previdenciária do empregado, pagar salários a ele, ainda que considerado inapto pelo médico do trabalho, evitando, assim, a futura responsabilização por danos extrapatrimoniais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta n. 9.381, de 6 de abril de 2020. Disciplina a antecipação de um salário-mínimo mensal ao requerente de auxílio-doença ao Instituto Nacional do Seguro Social, de que trata o art. 4º da Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020, e os requisitos e forma de análise do atestado médico apresentado para instruir o requerimento. (Processo n. 10128.107045/2020-83). **DOU**, Brasília, 7 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-9.381-de-6-de-abril-de-2020-251490475>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luís; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis da previdência social**. 2. ed. São Paulo: RT, 1981.

A CRISE SANITÁRIA E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO: uma análise histórica *

THE HEALTH CRISIS AND THE PRECARIZATION OF WORK: a historical analysis

MOLITOR, Thamiris Evaristo**

Resumo: O presente texto pretende investigar o fenômeno da precarização do trabalho no Brasil, que sofreu um aprofundamento em decorrência da crise sanitária instaurada pelo novo coronavírus em 2020, a partir de uma breve análise histórica. Defende-se que desde a abolição da escravidão no país, o trabalho foi intensamente flexível, com, por exemplo, longas jornadas e alta informalidade. Isso causou e continua causando precarização do trabalho, o que foi agravado pela reforma trabalhista de 2017, pela reforma previdenciária de 2019 e pela crise sanitária desde 2020.

Palavras-chave: Crise sanitária. História do direito do trabalho. Precarização do trabalho.

Abstract: This text intends to investigate the phenomenon of precarious work in Brazil, which suffered a deepening as a result of the health crisis brought about by the new coronavirus in 2020, based on a brief historical analysis. It argues that since the abolition of slavery in the country, work has been intensely flexible, with, for example, long workday and high informality. This caused and continues to cause job insecurity, which was aggravated by the 2017 labor reform, 2019 social security reform and the health crisis since 2020.

Keywords: Health crisis. History of labor law. Precarious work.

*O presente trabalho foi apresentado no XI Congresso Internacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito - AbraSD, Grupo de Trabalho n. 33 - As transversalidades dos debates sociológicos sobre as crises do mundo do trabalho.

**Doutoranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Mestre em Direitos Humanos (2018) e Graduada (2014) em Direito pela Universidade de São Paulo. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Centralidade do Trabalho e Marxismo (DHCTEM-USP). Produção intelectual anterior (Currículo Lattes) disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8656088219024511>. Contato: thamiris.evaristo@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende investigar o fenômeno da precarização do trabalho no Brasil - o qual já vinha ocorrendo com a reestruturação produtiva da década de 1970, sendo retomada de maneira aguda pelas Leis n. 13.429 e n. 13.467 de 2017 (reforma trabalhista) - e seu aprofundamento ocorrido em virtude da crise do coronavírus em 2020, por meio da Lei n. 14.020/2020, por exemplo, a partir de uma breve análise histórica.

Por meio dessa análise é possível destacar que o Brasil, desde o final do Século XIX, quando começa a se organizar o trabalho livre, até o final do Século XX, quando se inicia a implementação do modelo toyotista pelo mundo, manteve regimes de trabalho flexíveis. Em outras palavras, na contramão dos países centrais do capitalismo, nosso país não chegou a adotar regimes “rígidos” de contratação de força de trabalho durante o fordismo. A classe trabalhadora brasileira foi moldada em regimes de trabalho informais (como, por exemplo, o trabalho doméstico sem registro ou controle de jornada) ou com jornadas de trabalho excessivamente longas em comparação com países centrais do capitalismo.

Nesse contexto, durante os anos 2010 presenciamos intensos embates entre trabalho e capital, tendo uma dessas batalhas sido a reforma trabalhista, a qual legaliza formas de contratação de trabalho mais flexíveis, como, por exemplo, a terceirização, o trabalho intermitente e o teletrabalho. E, mais recentemente, com a pandemia de coronavírus em 2020, novos mecanismos foram impostos sem qualquer diálogo social para, em tese, suavizar a crise econômica transferindo seus custos para os trabalhadores e as trabalhadoras brasileiras, por meio, por exemplo, da Lei n. 14.020/2020, que conta com medidas emergenciais para supostamente proteger emprego e renda, dispondo “sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública”.

Assim, a presente pesquisa pretende fazer um breve resgate histórico sobre a flexibilidade do trabalho no Brasil. O método a ser utilizado para a análise será o histórico, por meio da revisão bibliográfica e análise de dados e reportagens sobre o trabalho no contexto da pandemia de coronavírus.

2 BREVE HISTÓRICO: direito do trabalho e flexibilidade

A abolição da escravidão no Brasil apenas se deu no final do Século XIX, em 1888. É nesse momento que começa a transição do trabalho escravizado das pessoas negras para a organização do trabalho livre. Assim, a transformação dos trabalhadores em sujeitos de direitos

se inicia quase no Século XX, em época relativamente recente, sendo que, em um primeiro momento, houve uma tentativa de “embranquecimento” da população pelo incentivo à imigração branca europeia, visto que, “empobrecida na Europa [essa massa de mão de obra], não tinha outra alternativa senão a de vender, a preços aviltantes, sua força de trabalho” (KOWARICK, 1994, p. 65).

Além da imigração europeia, nessa tentativa de se organizar o trabalho livre no Brasil houve, então, grande exclusão da massa de mão de obra negra dos trabalhos formalizados, sendo grande parte das pessoas negras “empurrada” para trabalhos marginais, informais, sem ter outra opção. A Lei de Terras de 1850 (Lei n. 601), por exemplo, dificultou o acesso à terra aos trabalhadores negros que, sem outra possibilidade para sua subsistência após a abolição, foram obrigados a aceitar os trabalhos precários que sobravam naquele momento.

Por exemplo, as mulheres negras, no contexto de início da tentativa de industrialização do Brasil, disputavam “[...] a sobrevivência do trabalho desqualificado e mal pago, que compreendia as atividades de subsistência desvalorizadas na economia de exportação que produzia para o lucro”, passando a se ocupar, então, “[...] com a cozinha, o pequeno artesanato doméstico, a limpeza da casa, a lavagem, a costura, o engomado das roupas e o cuidado de crianças atendia a toda a escala social” (TELLES, 2013, p. 47).

Mesmo os imigrantes europeus também não contavam com boas condições de trabalho, visto que “a meta era superexplorar o trabalhador para que os recursos antecipados pelo pagamento das passagens rendam o máximo [...]” (KOWARICK, 1994, p. 68).

Pode-se dizer, então, que a gênese do trabalho livre e assalariado não foi pacífica em nosso país, assim como não houve uma transição para o trabalho formalizado, com controle de jornada etc., em comparação ao que começava a ocorrer nos países centrais do capitalismo no início do Século XX, que culminaria com o fordismo.

De todo modo, no início do referido século começam a ser elaboradas as normas de direito do trabalho, que iriam culminar com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, durante o governo de Getúlio Vargas, quando se desenvolve:

[...] o corporativismo fascista em todo mundo, [...] tendo como característica, por exemplo, o controle das relações trabalhistas pelo estado, inclusive o controle dos sindicatos. (MOLITOR, 2018, p. 76).

É nesse contexto que começam a se inserir os debates sobre os modelos de organização do trabalho e, mais importante, os modelos de

acumulação de capital. O fordismo começa a ganhar espaço nos países de capitalismo central, como já indicamos, a partir da década de 1920, sendo razoavelmente hegemônico até a grande crise da década de 1970.

Esse foi um modelo de trabalho “rígido”, com limitação de jornada, incentivo ao consumo, baseado no controle total do tempo do trabalhador por meio da linha de produção, isto é, no “[...] **cronômetro e [n]a produção em série e de massa**” (ANTUNES, 2013, p. 24). O controle era tamanho que abarcava, inclusive, “[...] toda uma moralidade que vai condicionar desde a vida sexual do trabalhador fordista até seus hábitos cotidianos de consumo” (RIBEIRO, 2015, p. 70).

Ocorre que tal modelo foi desenvolvido e aprimorado principalmente nos Estados Unidos e em países da Europa, considerados como centrais do capitalismo. Como já defendemos acima, o Brasil nunca teve modelo rígido de trabalho, considerando-se que no momento do aprimoramento do fordismo em nosso país havia jornadas extenuantes de trabalho, trabalho informal etc., tema que retomaremos no próximo item.

Durante a crise de 1973, o modelo de acumulação passa, em alguma medida, por uma transição do fordismo para o modelo japonês flexível de acumulação de capital, conhecido como toyotismo. O Brasil está em meio a uma ditadura civil-militar, e é nesse momento da história brasileira que dirigentes sindicais estão sendo intensamente perseguidos, o que dificultou diversas lutas trabalhistas, mas intensificou o número de greves, apesar de sua limitação pela Lei n. 4.330/1964, sendo que “[...] o processo para a declaração de greve consistia em etapas complexas para o atendimento de formalidades e posterior efetivação da cessação do trabalho” (SIQUEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 173). Em realidade, “[...] a ditadura militar através das leis inviabilizou o direito de greve legalmente” (SIQUEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 175):

O golpe de 1964 atuou, então, de modo dual: fortaleceu sobremaneira essa tendência de controle estatal dos sindicatos e, por outro lado, desencadeou uma intensa repressão aos setores sindicais mais combativos, liderados pelos comunistas e também pelos trabalhistas reformistas. Essa repressão foi vital para a desorganização da classe operária e, em paralelo, para a reorganização capitalista no pós-1964, que sepultava as reformas de base, exigia a reorientação conservadora dos sindicatos e o conseqüente rebaixamento dos salários para avançar no processo de acumulação monopolista e oligopolista que os capitais exigiam. Desencadeando enorme repressão contra o sindicalismo, a ditadura decretou a ilegalidade dos organismos intersindicais e determinou a intervenção em mais de uma centena de entidades sindicais,

sendo, obviamente, o golpe mais duro desfechado naquelas lideradas pela aliança comunista-trabalhista. (ANTUNES, 2018, p. 204).

O toyotismo, nesse sentido, fez com que os direitos trabalhistas fossem desregulamentados, flexibilizados, “[...] de modo a dotar o capital do instrumental necessário para adequar-se à sua nova fase”, fazendo com que “direitos e conquistas históricas dos trabalhadores [...]” fossem “[...] substituídos e eliminados do mundo da produção” (ANTUNES, 2013, p. 24). Tal sistema se estrutura:

[...] a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os, através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições de mercado. (ANTUNES, 2013, p. 34).

A terceirização, nesse sentido, surge no Brasil como o principal expoente dessa flexibilização, com as primeiras normas tendo surgido na década de 1980. Assim,

[...] com salários menores, jornadas de trabalho prolongadas, vicissitudes cotidianas que decorrem da burla da legislação social protetora do trabalho, a terceirização assume cada vez mais relevo. (ANTUNES, 2018, p. 37).

Mais recentemente, as reformas trabalhista de 2017 e previdenciária de 2019 aumentaram a desproteção do trabalhador e da trabalhadora brasileiros. Consta, por exemplo, na “nova” CLT, em seu art. 442-B, a previsão expressa de que o cumprimento das formalidades legais para a contratação de “autônomo” afasta a qualidade de empregado. Isto é, apesar dos debates que podem ser travados no Poder Judiciário sobre a possível inconstitucionalidade do artigo, abre-se uma porta para a defesa do discurso do “empreendedorismo”, da contratação de trabalho subordinado sem a devida proteção.

Aumentou a dificuldade para que o trabalhador tenha a gratuidade da justiça, houve o fim da contribuição sindical obrigatória sem o fim da unicidade sindical¹, a prevalência do acordado sobre o legislado

¹Sobre o tema indico o seguinte artigo do professor Marcus Orione, que traz uma reflexão histórica sobre a conformação do sindicalismo no Brasil: ORIONE, Marcus. Liberdade de classe e liberdade sindical. *Revista LTr*, São Paulo, v. 84, p. 475-481, abr. 2020.

nesse contexto de enfraquecimento do sindicato, dentre diversos outros dispositivos que abriram caminho para uma ainda maior flexibilidade e precariedade do trabalho no Brasil. Refletiremos no próximo item, então, especificamente acerca da flexibilidade do trabalho no Brasil e suas consequências no contexto da atual pandemia de coronavírus.

3 PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E PANDEMIA

Considerando a contextualização feita no item anterior, pode-se dizer que o Brasil, nesse sentido, é um país que sempre teve trabalho flexível. Flexível no sentido de poucas garantias aos trabalhadores e trabalhadoras, que sempre precisaram se sujeitar às condições de trabalho não calcadas no Estado de Bem-estar Social. Numerosos são os trabalhadores informais, por exemplo, ou “autônomos” com base em fraudes trabalhistas. Acerca do tema, veja-se o seguinte excerto do sociólogo Sadi Dal Rosso:

Após décadas de pressão do movimento dos trabalhadores, o governo brasileiro também interveio no processo de trabalho. A regulação das horas de trabalho, sua duração e distribuição, iniciou-se no começo do século XX mediante acordos com empresários, cabendo ao movimento de 1930 realizar um profundo processo de intervenção na determinação das condições de trabalho por meio da CLT de 1943. Dessa regulação resultaram uma jornada com oito horas diárias e uma semana de seis dias de trabalho, totalizando 48 horas semanais; a possibilidade de duas horas de trabalho extraordinário ao dia; e a compensação de dias ou horas de trabalho, desde que dentro da mesma semana. O processo gerou um padrão híbrido: de um lado, a condição marcante em âmbito internacional, oito horas diárias, seis dias por semana; de outro, uma imensa flexibilidade de duas horas extras ao dia e a possibilidade de compensação, as duas últimas regras dificilmente encontráveis em outros países. (DAL ROSSO, 2017, p. 48).

No entanto, houve um salto qualitativo nessa flexibilização a partir do modelo de acumulação flexível. Mais recentemente, a partir dos anos 2010, pode-se dizer, inclusive, que a uberização do trabalho assume papel central na precarização da força de trabalho brasileira.

O trabalho por aplicativo está assumindo papel central na atual pandemia, tendo sido, inclusive, considerado trabalho essencial. Por outro lado, seus trabalhadores vêm sofrendo com as más condições

de trabalho, organizando-se, por isso, e promovendo diversos protestos em 2020, apesar da dificuldade de organização por não serem contratados como empregados, visto que “[...] os motoristas da Uber são ‘parceiros’, empresários autoempregados que escolhem trabalhar na plataforma” (SLEE, 2017, p. 141), e, nesse sentido, não têm sindicato. Trata-se de falácia visando à diminuição de custos para a empresa do aplicativo, tendo em consideração o conceito de subordinação estrutural.

A jurisprudência trabalhista está dividida, com muitos julgados não reconhecendo o vínculo de emprego entre os trabalhadores e a empresa de aplicativo. O próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da sua 5ª Turma, reformou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que reconhecia vínculo de emprego entre o motorista e a Uber, decidindo, então, que não haveria ali relação trabalhista². Tal decisão foi feita nesse mesmo ano, o que, possivelmente, auxiliou na precarização do trabalho durante a pandemia.

Recentemente, em 2020, considerando as péssimas condições a que foram submetidos esses trabalhadores, sem Equipamento de Proteção Individual a ser fornecido pela empresa, com jornadas exaustivas percebendo remuneração baixa³, houve, então, a organização dessa classe de trabalhadores e trabalhadoras⁴, que se manifestaram no que ficou conhecido como “breque dos apps”⁵.

No mais, importa indicar, ainda, que nesse contexto de pandemia e precarização existem diversas dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores e pelas trabalhadoras que estão submetidos ao teletrabalho

²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma. Ministro Relator Breno Medeiros. **DEJT**, Brasília, 7 fev. 2020. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2019&numProclnt=242502&dtaPublicacaoStr=07/02/2020%2007:00:00&nia=7443195>. Acesso em: 19 nov. 2020.

³Para referência: VIEIRA, Bárbara Muniz. Entregadores se unem por melhores condições de trabalho nos aplicativos: “Entrego comida com fome”, diz ciclista. **G1**, São Paulo, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/21/entregadores-se-unem-por-melhores-condicoes-de-trabalho-nos-aplicativos-entrego-comida-com-fome-diz-ciclista.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2020. Na reportagem colacionada pode-se perceber a remuneração baixa a que são submetidos esses trabalhadores e trabalhadoras, considerando que em vários casos a pessoa não consegue nem mesmo sua própria subsistência.

⁴Para as trabalhadoras, inclusive, as condições de trabalho são ainda piores. Para referência: SOUPIN, Elisa. Assédio, machismo, suspeita de boicote: a rotina das entregadoras de app. **Universa Uol**, São Paulo, 5 jul. 2020. Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/07/05/assedio-machismo-suspeita-de-boicote-a-rotina-das-entregadoras-de-app.htm?fbclid=IwAR1_4WORD-P_U5gvYg8NiXR-8z__ISkBTkOYNUnU1iB_Luwsj-oISFpEC4. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵Para referência: FACHIN, Patricia. Breque dos Apps é um freio coletivo na uberização e na degradação e exploração do trabalho. Entrevista especial com Ludmila Abílio. **IHU On-Line**, São Leopoldo, 5 ago. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/601524-breque-dos-apps-e-um-freio-coletivo-na-uberizacao-e-na-degradacao-e-exploracao-do-trabalho-entrevista-especial-com-ludmila-abilio>. Acesso em: 19 nov. 2020.

(conhecido como *home office*) - regime que foi regulamentado pela reforma trabalhista de 2017 -, como dividir o espaço doméstico com filhos que precisam de atenção, e aumento das despesas da casa por acordos impostos pelas empresas, que dividem o custo da crise com o trabalhador (internet, cadeiras ergonômicas etc.). Entretanto, o problema se agrava no caso dos trabalhadores e trabalhadoras que não possuem empregos formalizados. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, de outubro de 2020, “A **taxa de informalidade** chegou a 38,0% da população ocupada (ou 31,0 milhões de trabalhadores informais)” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020) (grifos no original).

Além dos problemas enfrentados pelos trabalhadores por aplicativo, informais e em regime de teletrabalho, também é editada a Lei n. 14.020/2020, que dispõe sobre o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, disponibilizando, inclusive, medidas para pagamento de Benefício Emergencial.

Importante destacar o art. 18 de tal Lei, que prevê que “O empregado com contrato de trabalho intermitente [...] faz jus ao benefício emergencial mensal no valor de R\$ 600,00 [...]” (BRASIL, 2020). Isto é, o contrato de trabalho intermitente, instaurado também pela reforma trabalhista de 2017, é colocado pelo próprio governo como uma forma de contratação precária que pode deixar o trabalhador desamparado em sua subsistência, visto que faz jus ao auxílio emergencial instituído para que os trabalhadores e trabalhadoras satisfizessem suas necessidades mais básicas durante o período de isolamento social mais restrito.

Nesse sentido, importante resgatar, por fim, a discussão sobre o entendimento de que o direito do trabalho é um direito humano, o que tem aberto a possibilidade de “ponderação” com outros direitos humanos em prejuízo do trabalhador. Por exemplo, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324-DF, sobre terceirização de atividade fim, houve ponderação entre livre iniciativa e liberdade econômica *versus* valor social do trabalho, com o trabalho saindo como “perdedor” em tal disputa.

Explico: a ADPF n. 324 do Distrito Federal tratou da interpretação constitucional que deve ser dada à terceirização, conforme a Súmula n. 331 do TST. A decisão foi tomada em 2018, ou seja, após a “legalização” da terceirização pela reforma trabalhista de 2017. No entanto, foi uma decisão bem alinhada ao que foi estabelecido na nova lei. Tal foi a tese firmada:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
2. Na

terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993. (BRASIL, 2019).

Isto é, mesmo nos casos de terceirização operados anteriormente ao estabelecimento das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, foi considerado que seria possível a terceirização da atividade fim, em interpretação que restringiu direitos dos trabalhadores.

Demonstra-se com essas observações históricas e recentes acerca do direito do trabalho brasileiro que a precarização deu um salto qualitativo e está piorando a vida do trabalhador paulatinamente. O Brasil está completamente influenciado pela ideologia neoliberal e se incluindo no capitalismo transnacional, auxiliando grandes empresários a aumentar sua acumulação de capital:

No Brasil, onde vivenciamos **desde sempre** formas intensas de exploração do trabalho e de precarização ilimitada, as consequências são ainda mais perversas do ponto de vista social. Só para dar alguns exemplos, **antes** da pandemia, mais de 40% da classe trabalhadora brasileira encontrava-se na informalidade ao final de 2019. No mesmo período, uma massa em constante expansão de mais de cinco milhões de trabalhadores/as experimentava as condições de **uberização** do trabalho, propiciadas por aplicativos e plataformas digitais, o que até recentemente era saudado como parte do ‘maravilhoso’ mundo do trabalho digital, com suas ‘novas modalidades’ de trabalho *on-line* que felicitava os novos ‘empreendedores’. Sem falar da enormidade do desemprego e da crescente massa subutilizada, terceirizada, intermitente e precarizada em praticamente todos os espaços de trabalho. (ANTUNES, 2020).

Assim, pode-se dizer que a pandemia de coronavírus em 2020 aprofundou a precarização de trabalho no país, visto que a flexibilização no Brasil já vem ocorrendo desde a formação e organização do trabalho livre no final do Século XIX.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, algumas conclusões que podem ser apresentadas após essa contextualização são que: (1) o trabalho sempre foi

intensamente flexível no capitalismo brasileiro; (2) essa flexibilidade em geral causou precarização do trabalho, com muita informalidade; (3) as reformas trabalhista de 2017 e previdenciária de 2019, além da crise sanitária de 2020, intensificaram esse processo, e (4) para minimizar os efeitos da precarização do trabalho na sociedade capitalista é de rigor repensar as relações entre direito e economia, prezando, principalmente, por novos entendimentos nas cortes superiores do Poder Judiciário⁶.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortex, 2013.

ANTUNES, Ricardo. **Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado.** São Paulo: Boitempo, 2020.

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

BRASIL. Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis n. 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 7 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324-DF. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. **DJE**, Brasília, 6 set. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma. Ministro Relator Breno Medeiros. **DEJT**, Brasília, 7 fev. 2020. Disponível em: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/a c o r d a o.do?anoProc](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/a%20ord%20do?anoProc)

⁶A autora agradece o financiamento por meio da bolsa CAPES/PROEX, que possibilitou a redação do presente artigo.

Int=2019&numProcInt=242502&dataPublicacaoStr=07/02/2020%2007:00:00&nia=7443195. Acesso em: 19 nov. 2020.

DAL ROSSO, Sadi. **O ardil da flexibilidade**: os trabalhadores e a teoria do valor. São Paulo: Boitempo, 2017.

FACHIN, Patricia. Breque dos Apps é um freio coletivo na uberização e na degradação e exploração do trabalho. Entrevista especial com Ludmila Abílio. **IHU On-Line**, São Leopoldo, 5 ago. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/601524-breque-dos-apps-e-um-freio-coletivo-na-uberizacao-e-na-degradacao-e-exploracao-do-trabalho-entrevista-especial-com-ludmila-abilio>. Acesso em: 19 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA
IBGE. PNAD Contínua: taxa de desocupação é de 14,4% e taxa de subutilização é de 30,6% no trimestre encerrado em agosto de 2020. **Agência IBGE Notícias**, Rio de Janeiro, 30 out. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29322-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-14-4-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-30-6-no-trimestre-encerrado-em-agosto-de-2020>. Acesso em: 19 nov. 2020.

KOWARICK, Lúcio. **Trabalho e vadiagem**: a origem do trabalho livre no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

MOLITOR, Thamíris Evaristo. **O sujeito de direito a partir da proteção da maternidade pelo direito do trabalho brasileiro**: uma análise materialista histórico-dialética na perspectiva de gênero. 2018. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

ORIONE, Marcus. Liberdade de classe e liberdade sindical. **Revista LTr**, São Paulo, v. 84, p. 475-481, abr. 2020.

RIBEIRO, Andressa de Freitas. Taylorismo, fordismo e toyotismo. **Lutas Sociais**, São Paulo, v. 19, n. 35, p. 65-79, jul./dez. 2015.

SILVA, Elizabeth Bortolaia. **Refazendo a fábrica fordista**. São Paulo: Hucitec, 1991.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira; RODRIGUES, Júlia de Souza. O direito de greve nas Constituições brasileiras: um breve debate sobre o século XX. **Revista Acesso Livre**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 160-180, jan./jun. 2015.

SLEE, Tom. **Uberização**: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Elefante, 2017.

SOUPIN, Elisa. Assédio, machismo, suspeita de boicote: a rotina das entregadoras de app. **Universa Uol**, São Paulo, 5 jul. 2020. Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/07/05/assedio-machismo-suspeita-de-boicote-a-rotina-das-entregadoras-de-app.htm?fbclid=IwAR1_4WORD-P_U5gvYg8NiXR-8z__ISkbBTK0YNUUnU1iB_Luwsj-oISFpEC4. Acesso em: 19 nov. 2020.

TELLES, Lorena Féres da Silva. **Libertas entre sobrados**: mulheres negras e trabalho doméstico em São Paulo (1880-1920). São Paulo: Alameda, 2013.

VIEIRA, Bárbara Muniz. Entregadores se unem por melhores condições de trabalho nos aplicativos: “Entrego comida com fome”, diz ciclista. **G1**, São Paulo, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/21/entregadores-se-unem-por-melhores-condicoes-de-trabalho-nos-aplicativos-entrego-comida-com-fome-diz-ciclista.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2020.



JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO

01 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DE SINDICATO PROFISSIONAL, UTILIZADA PARA MERA CAPTAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM VISTA A REFORÇO DE PROVA. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. A mera captação de documentos, via ação civil pública, esbarra na ausência de interesse jurídico a acarretar a inadequação da via eleita, com especial destaque para a impossibilidade de utilização do Poder Judiciário em mero procedimento investigativo, e, por corolário, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a presente ação deve ser extinta, sem resolução do mérito. Na hipótese, o objetivo do sindicato, ao que parece, consiste na produção antecipada de prova, procedimento específico e com regramento próprio no art. 381 do CPC, desde que observados seus requisitos, a saber: “A produção antecipada da prova cabe em casos específicos previstos no art. 381 do CPC para situações em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Assim, mantenho a r. sentença. TRT/SP 15ª Região 0010368-91.2020.5.15.0077 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 28 jan. 2021, p. 216.

02 - ACIDENTE TÍPICO. DONO DE OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 942 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE DA OJ N. 191 DA SDI-I DO C. TST. 1. Mesmo diante de eventual reconhecimento da condição de dono de obra, a OJ n. 191 da SDI-I do C. TST tem sua aplicabilidade restrita às verbas de natureza estritamente trabalhistas. 2. *In casu*, considerando que as indenizações por danos materiais, moral e estéticos decorrem de acidente típico de trabalho cuja responsabilidade foi atribuída a todos os reclamados, aplica-se a previsão contida no art. 942, *caput*, do Código Civil, que assim dispõe, *ipsis litteris*: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. 3. Portanto, a exclusão da

responsabilidade solidária ou subsidiária do dono de obra se restringe às verbas de natureza trabalhista em sentido estrito. 4. A obrigação de reparar os danos decorrentes de acidente típico possui natureza civil e advém da prática de ato ilícito, nos moldes dos arts. 186 e 927 do Código Civil, de forma que a responsabilização solidária de todos os reclamados é medida que encontra justificativa no art. 942 do referido diploma legal. 5. Precedentes do C. TST. 6. Recurso ordinário do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 0011496-52.2018.5.15.0034 ROT - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 4 fev. 2021, p. 5471.

03 - ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO SEM RESSALVAS. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 855-B A 855-E DA CLT (INCLUÍDO PELA LEI N. 13.467/2017). VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO (ART. 104 DO CÓDIGO CIVIL). INTERPRETAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (ARTS. 113 E 422 DO CÓDIGO CIVIL). Cumpridos os requisitos exigidos pelos arts. 855-B a 855-E da CLT, presentes os pressupostos gerais de validade dos negócios jurídicos (art. 104 do Código Civil: “I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”), não compete à Justiça do Trabalho, no ato da homologação de acordo extrajudicial, de jurisdição voluntária, alterar o alcance da quitação pretendida pelas partes, inserindo de ofício ressalvas não previstas na avença, tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva. TRT/SP 15ª Região 0010930-32.2020.5.15.0035 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 17 mar. 2021, p. 216.

04 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIMPEZA DE ESCOLA. CONTATO COM AGENTES INSALUBRES BIOLÓGICOS. ANEXO 14 DA NR-15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. POSSIBILIDADE. 1. Para que seja concedido o adicional de insalubridade, há necessidade de comprovação de contato do trabalhador com agente nocivo à saúde, nos termos do art. 192 da CLT e das normas publicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. 2. No caso, a autora laborava como auxiliar de limpeza, numa escola que albergava 685 alunos e 55 funcionários, realizando a limpeza do local, inclusive dos banheiros ao menos duas vezes na semana, e outras vezes eventualmente, se necessário. 3. A situação dos autos se enquadra perfeitamente na previsão do inciso II da Súmula n. 448 do C. TST. A coleta dos lixos dos banheiros da escola equipara-se,

sem dúvida, à coleta de lixo urbano em face do uso coletivo de grande circulação das instalações sanitárias. 4. A insalubridade prevista na norma regulamentar está caracterizada, pois para efeito de apuração a avaliação é qualitativa, não impondo limites de tolerância, concentrações, tempo de exposição ou quantidades. Recurso do reclamado não provido. TRT/SP 15ª Região 0011718-71.2018.5.15.0017 ROT - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 8 abr. 2021, p. 3523.

05 - AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO TRABALHISTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE EMPRESA FALIDA. LEI N. 14.112/2020. NOVA DISCIPLINA LEGAL SOBRE A MATÉRIA. Diante do disposto no parágrafo único do art. 82-A da Lei n. 14.112/2020, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo Juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Agravo de petição não provido. TRT/SP 15ª Região 0011747-88.2018.5.15.0028 AP - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Alexandre Vieira dos Anjos. DEJT 10 maio 2021, p. 9851.

06 - AGRAVO DE PETIÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. O empregador só se exime da incidência de juros de mora e correção monetária com a efetiva quitação do débito, conforme se infere do art. 883 da CLT e art. 39 da Lei n. 8.177/1991. A efetivação do depósito judicial, como garantia do Juízo, difere da quitação do débito, visto que, naquela situação, o credor não está de posse da quantia depositada, não ocorrendo, portanto, a satisfação do crédito. O depósito judicial não tem o condão de fazer cessar a incidência de juros de mora e correção monetária, sendo devidas as diferenças até a satisfação do crédito. TRT/SP 15ª Região 0012064-53.2016.5.15.0094 AP - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel. DEJT 29 jan. 2021, p. 4395.

07 - ARGUIÇÃO DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO SOB ALEGAÇÃO DE NÃO CONTRARIEDADE DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. Se através dos termos recursais é possível extrair que a

parte *ex adversa* ataca os fundamentos da r. sentença para que a matéria fosse devolvida ao órgão *ad quem*, não demonstrando ignorar o que foi decidido na origem, tampouco violando o princípio da dialeticidade, segundo o qual se exige “que todo recurso seja formulado por meio de petição pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada” (Fredie Didier Jr., **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3, 8. ed., Salvador: JusPodivm), não há como acolher as contrarrazões. Assim sendo, postos em razões recursais os motivos pelos quais entende que a r. sentença impugnada deverá ser reformada, permitindo que a parte adversa aduza suas razões de contrariedade, não há que se falar em não conhecimento do apelo com base na Súmula n. 422 do C. TST, revelando-se impertinentes as contrarrazões. Rejeito. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO RECLAMANTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT. A exigibilidade dos honorários advocatícios segundo regra do § 4º da CLT está condicionada à capacidade econômica da parte, com a obtenção em Juízo, ainda que em outro processo, de créditos capazes de suportar a despesa ou a alteração superveniente da situação de insuficiência de recursos. Assim, se o reclamante, quando da propositura da reclamação, não tinha condições de custear eventuais despesas de seu processo, a exemplo de honorários advocatícios, agora, com a condenação da reclamada ao pagamento de várias verbas trabalhistas, passa a ter condições de arcar com a verba honorária. Portanto, até o julgamento definitivo da ADI 5766, considero razoáveis os limites fixados pelo Eminentíssimo Ministro Relator. TRT/SP 15ª Região 0010476-40.2018.5.15.0094 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 9 nov. 2020. p. 2693.

08 - CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. MODULAÇÃO. COISA JULGADA. Os cálculos de liquidação devem se ater aos parâmetros fixados em sentença, sob pena de afronta ao instituto da coisa julgada e à imutabilidade da decisão, nos termos do art. 879, § 1º, da CLT. Assim, descabe em liquidação de sentença alterar a modulação dos índices de atualização monetária já definida na r. sentença de conhecimento transitada em julgado (TR até 25.3.2015 e IPCA-E a partir de 26.3.2015). Agravo de petição provido. TRT/SP 15ª Região 0011844-35.2016.5.15.0133 AP - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Susana Graciela Santiso. DEJT 9 fev. 2021, p. 57.

09 - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. OMISSÃO DA PARTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando a parte não se insurge, oportunamente, contra o indeferimento da produção de provas em audiência. PEDIDO DE DEMISSÃO. RECONHECIMENTO DA RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. CABIMENTO. O pedido de demissão subscrito pelo trabalhador não obsta o reconhecimento da rescisão indireta do pacto laboral, considerando que o art. 483, *caput* e § 3º, da CLT, faculta ao empregado considerar rescindido o pacto laboral, antes de pleitear as verbas rescisórias em Juízo, nas hipóteses tipificadas no aludido preceito legal. TRT/SP 15ª Região 0010352-07.2019.5.15.0067 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 1º dez. 2020, p. 5073.

10 - COMISSÃO. ESTORNO APÓS A VENDA REALIZADA. INDEVIDO. Ultimada a venda, é indevido o estorno das comissões, ainda que inadimplente o comprador, sob pena de transferir para o empregado os riscos da atividade econômica. TRT/SP 15ª Região 0010460-95.2019.5.15.0015 ROT - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Dora Rossi Góes Sanches. DEJT 29 jan. 2021, p. 1023.

11 - COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ART. 651, CLT. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. A despeito da regra de competência territorial definida pelo art. 651, *caput*, da CLT, à luz do princípio da proteção, deve-se privilegiar o Juízo da localidade que seja mais acessível ao trabalhador, assegurando-lhe o amplo acesso aos órgãos judiciários, princípio estabelecido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Declarada a competência da Vara do domicílio do reclamante. TRT/SP 15ª Região 0010708-37.2020.5.15.0044 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. José Carlos Ábile. DEJT 15 abr. 2021, p. 233.

12 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REJEIÇÃO DE PREVENÇÃO. NÃO CABIMENTO. Não cabe conflito de competência contra decisão monocrática que rejeita a prevenção de julgador diverso para a análise de mandado de segurança, por se tratar de hipótese de agravo interno - art. 278 do Regimento Interno. TRT/SP 15ª Região 0008341-75.2020.5.15.0000 CCCiv - Ac. OEJ PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 11 dez. 2020, p. 38.

13 - CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO PELO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

NÃO CONFIGURADA. À administração pública é dada a prerrogativa de descentralizar seus serviços para a administração indireta, para os entes paraestatais de cooperação e, ainda, para empresas privadas e aos particulares, por meio de contrato de concessão, pelo qual é delegada a execução do serviço (no caso dos autos, a prestação do serviço de transporte público), de forma autorizada e regulada. Essa prerrogativa decorre da disposição constitucional prevista no art. 175 da Constituição Federal de 5.10.1988, que determinou “incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços”, regulamentada pela Lei n. 8.987/1995 que, em seu inciso II do art. 2º, dispõe: “concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. O fato do legislador (art. 29 da Lei n. 8.987/1995) impor ao poder cedente a incumbência de regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades regulamentares e contratuais além de intervir na prestação de serviço ou extinguir a concessão, nos casos previstos em lei e na forma do contrato, não descaracteriza a natureza jurídica de contrato de verdadeira delegação de execução do serviço público, não se tratando, de forma alguma, de efetivação de terceirização de serviços por meio de interposta pessoa, a configurar a hipótese da Súmula n. 331 do TST. Desta forma, o Município não poderá ser responsabilizado pelas dívidas trabalhistas da reclamada, nem sequer na condição de interventor. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 0010375-27.2020.5.15.0128 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 21 maio 2021, p. 4450.

14 - CONTRATO INTERMITENTE. INVALIDADE JURÍDICA. Dois anos depois da “reforma” trabalhista, o Brasil atingiu o nível de 40 milhões de trabalhadores informais, além de considerável aumento do número de desalentados. É exatamente essa enorme quantidade de brasileiros e brasileiras que, agora, em razão da perda de suas precárias fontes de sustento e não tendo acesso a benefícios da seguridade social, da qual foram excluídos, precisam da “ajuda” emergencial do governo para sobreviver, sob pena, inclusive, de alastrar ainda mais o caos social e econômico. Quem não queria ver o quanto o denominado “trabalho intermitente” representava como fator de destruição do pouco que ainda restava do projeto de país proposto pela Constituição Federal de 1988

está tendo a oportunidade de ver isso agora. E se não conseguirmos, institucionalmente, ter essa percepção neste momento, buscando a correção do equivocadamente dado passo, não teremos chances concretas de visualizar uma futura sociedade com efetiva viabilidade humana. TRT/SP 15ª Região 0010185-88.2020.5.15.0023 RORSum - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 6 maio 2021, p. 4250.

15 - DECISÃO *EXTRA PETITA* CONFIGURADA. REFORMA PARCIAL. Existindo vício na decisão que não respeitar o pedido e a causa de pedir, sendo *extra petita* ao conceder provimento jurisdicional diferente daquele pleiteado pelo autor, a Corte revisora detém autoridade legal para ajustar a condenação aos termos do pedido, em obediência ao princípio da adstrição consagrado nos arts. 141 e 492 do CPC. Recurso a que se dá provimento, em parte, para expungir a condenação em indenização por danos morais. TRT/SP 15ª Região 0010600-48.2017.5.15.0097 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Fábio Bueno de Aguiar. DEJT 10 maio 2021, p. 5840.

16 - DEFINIÇÃO DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS EM FACE DA LIMINAR CONCEDIDA NA ADC 58. Sobre o teor da liminar concedida na ADC 58, esclareceu o Sr. Ministro Gilmar Mendes que é a “controvérsia sobre eventuais valores compreendidos no resultado da diferença entre a aplicação da TR e do IPCA-E” (parcela controvertida) que “deverá aguardar o pronunciamento final da Corte quando do julgamento de mérito desta ADC”. Deixou claro, também, que a liminar não impede o regular andamento dos processos. Considerando esses pressupostos e o fato de que a maior parte dos processos em julgamento no segundo grau traz essa discussão explicitamente, a única solução possível para atender o comando do Ministro sem paralisar a Justiça do Trabalho, sem interferir na independência jurisdicional e sem conferir ao entendimento de mérito expresso na liminar, em favor da aplicação da TR, uma autoridade superior à da própria Súmula Vinculante, contrariando, inclusive, o quanto já decidido em deliberação plenária do STF, é a de garantir aos órgãos julgadores a possibilidade, caso assim entendam devido, de, seguindo o entendimento do STF expresso nas ADIs 4.457 e 4.425, declarar o IPCA-E como índice de correção monetária no caso específico, explicitando, no entanto, que a diferença entre a aplicação deste índice e a TR (a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017), enquanto mantida a liminar proferida na ADC 58, não deverá, no Juízo de execução, ser alvo

de atos judiciais tendentes à liberação do respectivo valor ao exequente. TRT/SP 15ª Região 0011116-48.2018.5.15.0060 RORSum - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Marcia Cristina Sampaio Mendes. DEJT 29 abr. 2021, p. 3821.

17 - DIFERENÇAS SALARIAIS. PROGRESSÕES HORIZONTAIS POR ANTIGUIDADE. COMPENSAÇÃO. LIMITAÇÃO SALARIAL DEVIDA. Indevida a compensação integral das promoções concedidas ao obreiro com o crédito exequendo, pois o título executivo determinou a dedução tão somente dos valores decorrentes de progressões pagas por força dos Acordos Coletivos de Trabalho 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005 e 2005/2006, atreladas unicamente ao critério de antiguidade, o que foi observado pelo perito contábil. Inexiste óbice para o cômputo das promoções por antiguidade, com supedâneo no PCCS 1995, durante a vigência do PCCS 2008, já que o obreiro não aderiu a este regramento. Além disso, o título executivo não estabeleceu a aludida limitação temporal, não havendo, portanto, violação à Súmula n. 51 do C. TST. Todavia, as progressões por antiguidade foram deferidas de acordo com as regras taxativamente previstas no PCCS de 1995, o qual, em sua cláusula 8.2.10.7, prevê a limitação à faixa salarial correspondente. Apelo parcialmente provido para determinar que as contas de liquidação sejam refeitas no tocante às progressões horizontais por antiguidade, observando-se a limitação à faixa salarial constante do item 8.2.10.7 do PCCS/1995. TRT/SP 15ª Região 0010048-77.2019.5.15.0044 AP - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Adriene Sidnei de Moura David. DEJT 21 maio 2021, p. 4755.

18 - DIREITO DO TRABALHO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EVENTUALIDADE E/OU INTERMITÊNCIA. Não há lugar para a arguição patronal de que o contato com o agente maligno era marcado por intermitência, afastando, com isso, a pertinência e o cabimento do adicional. Neste sentido, a orientação vem dos termos da Súmula n. 47 do C. TST. Portanto, com base na referida Súmula, basta que haja exposição não eventual ao agente insalubre, ainda que de forma intermitente, para ensejar o pagamento do referido adicional. Apelo da reclamada a que se nega provimento. DIREITO DO TRABALHO. PROCESSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. HORAS *IN ITINERE*. TRABALHADOR RURAL. CABIMENTO. Remanesce aplicável ao laborista rural o conteúdo da Lei n. 5.889/1973, regulamentada pelo Decreto n. 73.626/1974, o qual, em seu art. 4º, lista uma série de dispositivos celetistas aplicáveis ao rurícola, porém não a regra do art. 58

da CLT, em face das especificidades do trabalho no campo. TRT/SP 15ª Região 0010137-08.2019.5.15.0107 ROT - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel. DEJT 9 abr. 2021, p. 4087.

19 - DOENÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE. GARANTIA DE EMPREGO INDEVIDA. Na hipótese, tendo o Sr. Vistor negado objetivamente a existência de incapacidade laborativa, não há como se admitir a existência do alegado direito à garantia de emprego ou indenização substitutiva. A doença profissional, capaz de produzir direito à dita garantia, além do nexo causal entre a doença e as condições de trabalho na reclamada é imprescindível estabelecer-se a incapacidade laborativa, o que não se verifica no caso dos autos. O laudo médico pericial, trabalho eminentemente técnico, deve ser rechaçado com elementos igualmente técnicos. A falta de elementos outros capazes de elidir o laudo pericial faz esvaziar os argumentos do inconformismo recursal. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0011406-28.2018.5.15.0007 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Fábio Bueno de Aguiar. DEJT 17 maio 2021, p. 2264.

20 - DOENÇA DO TRABALHO. LAUDO NEGATIVO QUANTO AO NEXO. TEMPO DE LABOR INSUFICIENTE PARA DESENCADear AS LESÕES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Na hipótese, tendo o Sr. Vistor negado objetivamente a existência de nexo de causalidade ou concausalidade entre as lesões e o labor desenvolvido em prol da reclamada, notadamente pela insuficiência temporal na prestação de serviços, não há como se admitir a existência da alegada doença de trabalho, à míngua de outras provas conclusivas. O laudo médico pericial, trabalho eminentemente técnico, deve ser rechaçado com elementos igualmente técnicos e prova oral ou documental robusta e inequívoca. A falta de elementos outros capazes de elidir o laudo pericial faz esvaziar os argumentos do inconformismo recursal. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0012432-54.2015.5.15.0011 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Fábio Bueno de Aguiar. DEJT 7 maio 2021, p. 3018.

21 - EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA MENOR. RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO RETIRANTE. LIMITAÇÃO TEMPORAL. O entendimento prevaemente na 2ª Câmara deste Regional, mesmo após a Reforma Trabalhista, é pela aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica

(art. 28, § 5º, do CDC), segundo a qual basta a mera inadimplência da devedora para instauração do incidente, independentemente de prova de abuso de poder, desvio de finalidade, confusão patrimonial, má administração ou fraude. Quanto à sócia retirante, o seu desligamento do quadro social da empresa, por si só, não afasta sua responsabilidade se o empregador não tem como saldar suas obrigações. No presente caso, em que a ação foi ajuizada dentro do prazo de dois anos do desligamento da sócia, esta continua responsável pela dívida decorrente de contratos de trabalho dos quais se beneficiou em quase sua totalidade, nos termos dos arts. 1.003 e 1.032 do CPC. Agravo de petição não provido. TRT/SP 15ª Região 0011190-60.2016.5.15.0129 AP - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Susana Graciela Santiso. DEJT 29 abr. 2021, p. 530.

22 - EXECUÇÃO. PENHORA DE CRÉDITOS. LEGALIDADE. É cabível a penhora de créditos junto a terceiros (tomadores de serviços das executadas), que se equipara ao bloqueio de dinheiro, primeiro item da ordem de preferência estatuída no art. 835 do CPC, mormente quando não comprovado, minimamente, que o montante apesado pudesse inibir a manutenção de suas atividades empresariais. Agravo de petição não provido. TRT/SP 15ª Região 0010463-31.2016.5.15.0120 AP - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Susana Graciela Santiso. DEJT 1º dez. 2020, p. 1516.

23 - EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. INEXISTÊNCIA. De acordo com a melhor interpretação dada à norma do § 3º do art. 4º da Lei n. 6.830/1980, não se faz necessário provar de forma cabal a insolvência do devedor principal para que a execução se volte para a pessoa do responsável subsidiário. Em verdade, cabe ao próprio responsável subsidiário indicar quais seriam os bens livres e desembaraçados do devedor principal, isso conforme integração dos arts. 794 e 795, ambos do CPC, subsidiários, situação essa plausível inclusive nas hipóteses de recuperação judicial. O que importa é constatar a ausência de indicação de bens do devedor principal ou que eles não sejam suficientes para garantir a execução. O devedor subsidiário, como esperado, deverá responder pelo crédito, nada obstante ele conte posteriormente com a eventual ação de regresso. TRT/SP 15ª Região 0011077-87.2017.5.15.0124 AP - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 17 maio 2021, p. 5788.

24 - FGTS. MOVIMENTAÇÃO DA CONTA VINCULADA. LIMITES. CALAMIDADE PÚBLICA. COVID-19. JURISDIÇÃO CONTENCIOSA.

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O reclamante pretende a expedição de alvará para o saque de todo o saldo disponível a título de FGTS, invocando, como causa de pedir, o Estado de Calamidade Pública decretado pelo Governo Federal, em razão da crise sanitária provocada pela pandemia de coronavírus - Covid-19 (Decreto n. 6/2020). Defende que o caso se subsume ao disposto no art. 20, XVI, da Lei n. 8.036/1990, que trata da possibilidade de movimentação da conta em caso de necessidade decorrente de desastre natural. Entretanto, como cediço, foi editada regra específica para movimentação dos depósitos do FGTS em tais circunstâncias, no caso, a Medida Provisória n. 946/2020, que considerou a pandemia do Covid-19 uma hipótese de desastre natural, prevendo, expressamente, em seu art. 6º, que o trabalhador pode movimentar sua conta vinculada do FGTS durante o período de calamidade pública estabelecido pelo Decreto Legislativo n. 6/2020, até o limite de R\$ 1.045,00. Entretanto, essa MP não foi referendada pelo Congresso Nacional, perdendo sua eficácia. E, no caso em questão, não se discute a liberação dos depósitos nos termos que haviam sido autorizados por essa MP, durante sua eficácia. Desta forma, ao pleitear o saque do valor integral dos depósitos do FGTS, o requerente formula pedido em desacordo com os limites normativos acima citados, instaurando evidente controvérsia com o órgão gestor, a Caixa Econômica Federal. E, assim sendo, desnuda-se a natureza contenciosa da jurisdição. Exsurge, por conseguinte, a competência da Justiça Comum Federal para conhecer e decidir do litígio, nos termos do art. 109, I, da CF/1988. Sentença reformada. TRT/SP 15ª Região 0011224-51.2020.5.15.0143 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 6 maio 2021, p. 1848.

25 - FUNDAÇÃO CASA/SP. QUINQUÊNIOS DEVIDOS AO EMPREGADO CONTRATADO SOB O REGIME DA CLT. ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. O art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo estabelece que o adicional por tempo de serviço (quinquênio) é devido aos “servidores”, entendendo-se como tais os que exercem cargo e os que exercem emprego público, estes regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 0010465-47.2019.5.15.0103 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 28 jan. 2021, p. 3763.

26 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO RECLAMANTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT. A exigibilidade dos honorários advocatícios segundo regra do § 4º da CLT está condicionada

à capacidade econômica da parte, com a obtenção em Juízo, ainda que em outro processo, de créditos capazes de suportar a despesa ou a alteração superveniente da situação de insuficiência de recursos. Assim, se o reclamante, quando da propositura da reclamação, não tinha condições de custear eventuais despesas de seu processo, a exemplo de honorários advocatícios, agora, com a condenação da reclamada ao pagamento de várias verbas trabalhistas, passa a ter condições de arcar com a verba honorária. Portanto, até o julgamento definitivo da ADI 5766, considero razoáveis os limites fixados pelo Eminentíssimo Ministro Relator. TRT/SP 15ª Região 0010956-22.2019.5.15.0146 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 21 maio 2021, p. 4727.

27 - HORAS EXTRAS. PREFIXAÇÃO DA JORNADA EM NORMA COLETIVA. TRABALHADOR MARÍTIMO. POSSIBILIDADE. O direito à negociação coletiva está assegurado pelo art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, mas essa garantia não goza de caráter absoluto, uma vez que as cláusulas coletivamente negociadas deverão observar as normas de ordem pública e, especialmente, os princípios jurídicos constitucionais. Logo, cláusula de norma coletiva que estabeleça um número fixo de horas extras mensais, mediante a ausência de registros de horários do trabalhador marítimo, ao arrepio do art. 251 da CLT e da Portaria n. 373 do Ministério do Trabalho, sem estabelecer condição efetivamente mais vantajosa ao empregado, é inválida, devendo haver condenação no pagamento de horas extras. TRT/SP 15ª Região 0011482-29.2018.5.15.0144 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 28 jan. 2021, p. 3838.

28 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Trata-se o intervalo do art. 384 da CLT de direito há muito consagrado às mulheres e devidamente recepcionado pela ordem jurídica inaugurada em 5.10.1988. Em se tratando de fator de discriminação compatível com a finalidade da norma, não há que se falar em afronta ao Princípio da Isonomia que, evidentemente, não pode ser argumentado para justificar a exclusão de garantia legalmente prevista para a tutela específica da saúde das trabalhadoras. TRT/SP 15ª Região 0010742-90.2018.5.15.0073 ROT - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti. DEJT 14 maio 2021, p. 7017.

29 - INVALIDADE DO BANCO DE HORAS. A EMERGÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. O inciso XIII do art. 7º da CF

não autoriza a realização de uma negociação (coletiva ou individual) para aumentar os limites diário e semanal da duração do trabalho, compensando-se as horas trabalhadas a mais com a redução de horas em outros dias, sem qualquer previsão e dentro de um novo limite (de um ano). A forma clara do dispositivo não deixa margem à dúvida de que a negociação coletiva não pode ampliar os limites ali fixados, cumprindo-lhe, unicamente, autorizar a compensação de horários, o que pressupõe a não alteração da jornada, sendo que, com relação a esta, o que se permite é a redução. Em tempos de resgate da autoridade da Constituição, cumpre, primeiramente, reler o texto constitucional e perceber o quanto do pacto ali fixado foi desconsiderado. Só assim será possível conferir validade e credibilidade a esse compromisso, que requer, essencialmente, que os preceitos sociais e humanos ali contidos não sejam suplantados por descuido ou por atendimento a interesses econômicos, valendo lembrar que a mesma Constituição estabeleceu que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). Não há na Constituição autorização para o banco de horas e isto é muito claro no texto constitucional. Se não conseguirmos respeitar isso, que se insere no núcleo dos direitos fundamentais, certamente não se conseguirá invocar a Constituição para a defesa de outros direitos, mesmo os direitos civis e políticos. TRT/SP 15ª Região 0010577-27.2018.5.15.0046 ROT - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 6 maio 2021, p. 4327.

30 - JORNADA DE 6 HORAS. INTERVALO INTRAJORNADA DE 15 MINUTOS, MESMO NO CASO DE EVENTUAIS HORAS EXTRAS APÓS ÀS 6 HORAS. SEU TEMPO VINCULA-SE À JORNADA CONTRATUAL E, NÃO, À EFETIVAMENTE TRABALHADA. EXEGESE DO ART. 71, § 1º, DA CLT. APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 178 DA SBDI-1 DO C. TST. O intervalo intrajornada vincula-se à jornada contratual e não à efetivamente laborada. O *caput* do art. 71 da CLT menciona “trabalho contínuo”, o que se deve compreender, por óbvio, por jornada superior a 6 horas diárias. Ocorre que a hora extra é eventualidade, e não pode ser incluída para fins do que venha a ser trabalho contínuo, até porque não se pode prever sua realização, na grande maioria das vezes. A transgressão do intervalo somente pode ser considerada se não observado o tempo devido para a jornada contratual. Admitida a jornada de seis horas, o intervalo é de 15 minutos, ainda que haja eventuais horas extras. Do contrário, referendar-se-ia o enriquecimento sem causa em favor do

reclamante, vedado pelo art. 884 do CC/2002, impondo-se, ainda, a prática de conduta ilógica, tanto pelo empregador, como pelo empregado, que teria de gozar, forçadamente, do intervalo de uma hora após a prestação de eventuais horas extras; o que seria, sem dúvida, prejudicial ao próprio trabalhador, pois postergaria seu horário de saída da reclamada, sem que nenhum benefício lhe adviesse em troca. Reforma-se. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, PELO CALOR: RAIOS SOLARES. TRABALHO EM AMBIENTE ABERTO. RECLAMANTE ERA AGENTE DE MOBILIDADE URBANA (OS CHAMADOS “AMARELINHOS”, DE CAMPINAS-SP). JORNADA CONTRATUAL DE 6 HORAS. INDEVIDO. Estão entre as atribuições do cargo de agente de mobilidade urbana a identificação e separação de materiais e equipamentos de sinalização de trânsito, implantação de sinalização em obras, bloqueios e eventos. Advertir ou aplicar autos de infração de trânsito e transporte, conforme normas e legislação específica, e prestar suporte em acidentes de trânsito também faz parte do trabalho dos agentes. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, PELO CALOR: RAIOS SOLARES. TRABALHO EM AMBIENTE ABERTO. RECLAMANTE ERA AGENTE DE MOBILIDADE URBANA (OS CHAMADOS “AMARELINHOS”, DE CAMPINAS-SP). JORNADA CONTRATUAL DE 6 HORAS. INDEVIDO. Importante registrar que a radiação solar, em virtude da contínua variação das condições meteorológicas de um ambiente aberto e também ao longo do dia e do ano, não pode ser caracterizada, indistintamente, como agente insalubre. De acordo com o item 3 do Anexo n. 3 da NR-15, “As medições devem ser efetuadas no local onde permanece o trabalhador, à altura da região do corpo mais atingida”. E, na forma do Anexo n. 7 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978, é imprescindível a constatação, pelo perito, da exposição acima dos limites de tolerância, nos termos do Anexo n. 3 da NR-15. Ocorre que, no presente caso, tal qual suscitado pela ré em suas razões recursais, não houve medição de temperatura, tampouco de radiação solar. Não há, portanto, nenhuma prova, nos autos, de que, no local de trabalho do reclamante, de fato, a temperatura e a radiação solar (UV) tenham excedido aos limites de tolerância. O Sr. Perito nada atestou nesse sentido! Em razão do exposto, deve ser excluída a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade, bem como os seus respectivos reflexos. Sentença reformada. TRT/SP 15ª Região 0012618-88.2017.5.15.0114 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 28 jan. 2021, p. 195.

31 - JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DE HIPÓTESE PREVISTA NO ESTATUTO DO SERVIDOR

PÚBLICO FEDERAL. MÃE DE CRIANÇA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA ASSOCIADO À SÍNDROME DO “X” FRÁGIL. 1. A nossa Lei Maior regulou o Estado Brasileiro com o objetivo de construir um país solidário com justiça social, no qual os direitos humanos representam o norte a ser perseguido pela nação, o que inclui, nos termos dos arts. 1º, 6º e 170 da Carta Magna, a valorização do trabalho (e, evidentemente, do trabalhador), e a proteção à pessoa com deficiência, a exemplo do que preveem os arts. 203 e 227 da CR/1988. 2. O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realçando a importância que deve ser dada para a efetiva integração da pessoa com deficiência à sociedade. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgada pelo Decreto n. 6.949/2009, com equivalência de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/1988), prevê que os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. 3. À luz dos princípios e compromissos assumidos em nossa Lei Maior e perante a Comunidade Internacional, a Lei n. 13.146 /2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dispõe, no seu art. 8º: “Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico”. 4. As disposições do Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais, Lei n. 8.112/1990, quanto ao tema da redução de jornada de servidor responsável por filho portador de deficiência, devem ser aplicadas de forma analógica ao presente caso, para garantir redução da jornada sem a proporcional diminuição dos vencimentos de trabalhadora que é mãe de criança com Transtorno do Espectro Autista (F84) associado à Síndrome do X Frágil (Q99.2), **imprimindo-se efetividade aos princípios fundamentais do nosso Estado Democrático**

de Direito, tendo por fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa e os valores sociais do trabalho (art. 1º, II, III e IV, da CF/1988). TRT/SP 15ª Região 0010279-48.2020.5.15.0116 RORSum - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Eder Sivers. DEJT 6 maio 2021, p. 7564.

32 - MULTA DO ART. 477 DA CLT. MODALIDADE DE RESCISÃO DIRIMIDA EM JUÍZO. DEVIDA. O fato de a modalidade da rescisão contratual ter sido dirimida em Juízo não afasta a aplicação da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. No mais, conforme o entendimento da Súmula n. 462 do C. TST, a multa em testilha não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias, o que não é a hipótese dos autos. Recurso da reclamada a que se nega provimento, no particular. TRT/SP 15ª Região 0010680-22.2020.5.15.0092 RORSum - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 28 maio 2021, p. 4517.

33 - NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PROIBIÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO. VALIDADE. EMPREGADOS DE EDIFÍCIOS E CONDOMÍNIOS. É válida a norma coletiva de garantia de emprego ou aplicação de multa pela cessação do vínculo empregatício de empregado para contratação de empresa terceirizada. Além de refletir o interesse dos trabalhadores e empregadores do setor, a continuidade das relações de emprego se coaduna com os princípios constitucionais da progressiva melhoria das condições de vida dos trabalhadores (art. 7º, CF), proteção da relação de emprego contra a demissão arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, CF), função social da propriedade (art. 5º, XXII, CF) e valor social do trabalho (arts. 1º, IV, e 170, CF). TRT/SP 15ª Região 0012076-87.2019.5.15.0021 RORSum - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 10 maio 2021, p. 8667.

34 - PAUSAS PARA DESCANSO PREVISTAS NA NR-31, EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. PERTINÊNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. Diante do trabalho altamente penoso do trabalhador rural e face à ausência de normas que regulem as pausas obrigatórias previstas na Portaria n. 86, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego aos 3.3.2005 e, ainda, considerando-se os princípios constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, da tutela da saúde, da redução dos riscos inerentes ao trabalho, concluo pela aplicação analógica do disposto no art. 72 da CLT, fazendo jus a

autora às pausas para descanso, de 0h10min a cada 0h90min trabalhados. TRT/SP 15ª Região 0011761-62.2019.5.15.0117 ROT - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel. DEJT 8 abr. 2021, p. 2579.

35 - PLANO DE SAÚDE COM PARTICIPAÇÃO MENSAL DOS EMPREGADOS ALTERADO PARA PLANO COM COPARTICIPAÇÃO. ÓBICE À PERMANÊNCIA DOS TRABALHADORES NO CONVÊNIO MÉDICO APÓS A DISPENSA SEM JUSTA CAUSA OU APOSENTADORIA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. NULIDADE. 1. A alteração das condições dos contratos individuais de trabalho só é lícita se contar com mútuo consentimento e não resultar, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado (arts. 444 e 468 da CLT e Súmula n. 51, I, do C. TST), sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia. 2. No caso dos autos, os trabalhadores pagavam mensalidade, independentemente do número de consultas ou exames realizados e passaram a arcar com coparticipação nas consultas e procedimentos com isenção de mensalidade, sem que lhes fosse oportunizada a permanência no convênio anterior. A alteração implica óbice à permanência dos trabalhadores no convênio médico após a dispensa sem justa causa ou aposentadoria, pois o § 6º do art. 30 da Lei n. 9.656/1998 estabelece que a coparticipação paga pelo empregado, por ocasião da realização de procedimentos, não é considerada contribuição, de modo que, a partir da alteração promovida pela requerida, considera-se que o benefício passou a ser custeado integralmente pelo empregador, caso em que os empregados não têm direito à manutenção do benefício após a aposentadoria. Ademais, como é cediço, a cobrança de procedimentos médicos chega a dobrar a mensalidade do plano de saúde, e a coparticipação tende a sair mais cara para os consumidores. 3. Os riscos do empreendimento devem ser assumidos pelo empregador e o equilíbrio financeiro é matéria que deve ser discutida diretamente entre a requerida e a administradora e/ou a operadora do plano de saúde, e os ônus não podem ser repassados aos trabalhadores. 4. Deve ser assegurada a manutenção do plano de saúde aos empregados admitidos anteriormente à data da alteração que tenham sido prejudicados, nas mesmas condições que aderiram aos seus respectivos contratos de trabalho, em respeito ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Recurso do sindicato parcialmente provido para: a) decretar a nulidade das alterações do plano de saúde que tenham resultado, direta ou indiretamente, prejuízos aos empregados substituídos cujos contratos estavam em vigor à época da alteração contratual lesiva; b) determinar que a requerida comunique

aos trabalhadores substituídos, mediante recibo, que a alteração implica óbice à permanência no convênio médico após a dispensa sem justa causa ou aposentadoria (§ 6º do art. 30 da Lei n. 9.656/1998), oportunizando manifestação a respeito do interesse no restabelecimento do plano anterior; c) determinar o restabelecimento do plano de saúde coletivo dos trabalhadores prejudicados que manifestarem interesse, nos moldes do convênio anteriormente contratado, respeitados os reajustes autorizados pela ANS; d) condenar a requerida à restituição, aos trabalhadores prejudicados, dos valores pagos a título de coparticipação que superem as mensalidades anteriormente pagas, considerado o resultado de cada mês. TRT/SP 15ª Região 0000401-31.2014.5.15.0045 ROT - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 23 abr. 2021, p. 6979.

36 - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXECUÇÃO INICIADA ANTES DA LEI N. 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA). INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. O C. TST vem entendendo que a prescrição intercorrente não se aplica aos processos cuja execução tenha se iniciado antes da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), sendo esta a hipótese dos autos. A execução trabalhista (iniciada antes da Reforma) se processa por impulso oficial, nos moldes do art. 878 da CLT, visando à efetivação do comando sentencial, em respeito à coisa julgada. Agravo de petição da executada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0003900-26.1995.5.15.0033 AP - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 12 abr. 2021, p. 3878.

37 - PROFESSOR. EDUCAÇÃO INFANTIL. HORA EXTRA. ART. 318 DA CLT. CABIMENTO. Nos termos do art. 318 da CLT (redação anterior à Lei n. 13.415/2017), o número de aulas não pode ultrapassar o limite fixado de 4 (quatro) consecutivas ou 6 (seis) intercaladas, devendo as aulas excedentes serem pagas com o acréscimo da hora suplementar - OJ n. 206 da SDI-1/TST. PROFESSOR. SALÁRIO. HORAS-AULA. DSRS. DEVIDOS. SÚMULA N. 351 DO C. TST. O professor que, contratado pelo regime da CLT, recebe salário por horas-aula, tem o direito ao recebimento dos DSRS. Inteligência da Súmula n. 351 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0011253-32.2020.5.15.0069 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 14 abr. 2021, p. 1514.

38 - PROGRESSÃO VERTICAL TRANSITÓRIA. GUARDAS MUNICIPAIS DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. REQUISITOS PARA

PREENCHIMENTO DOS NÍVEIS CRIADOS PARA O QUADRO DE CARREIRA. NÃO ENQUADRAMENTO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 19, 20, 27 E 29 DA LEI MUNICIPAL COMPLEMENTAR N. 59/2016 DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. O art. 20 da Lei Municipal Complementar n. 59/2016 estabelece todos os critérios que habilitam o guarda municipal à progressão vertical, regra “geral”. A norma em comento, ao tratar das disposições transitórias (art. 29), define os critérios para os 3 primeiros processos de progressão vertical dos guardas municipais, excluindo a exigência de o guarda municipal ter exercido as atribuições do cargo no mesmo nível por no mínimo 5 anos. Estabelece, ademais, que restam preservados os requisitos definidos nos incisos II, V e VI e parágrafos do art. 20, excluindo, pois, os demais. Considerando que o art. 29 excetua expressamente o requisito temporal e as exigências relacionadas a cursos de reciclagem profissional, e não inclui progressão transitória para a 2ª Classe (Nível II), permanecem os demais requisitos do Anexo IV: grau “B” do nível anterior e ensino médio/superior completo. Assim, conclui-se que são requisitos, para as 3 primeiras progressões verticais: 1 - não ter sofrido pena disciplinar de suspensão no interstício; 2 - não ter sido contemplado, no mesmo ano, com progressão horizontal; 3 - ocupar ao menos o grau “B” do nível anterior; 4 - ensino médio completo para progressão para a 1ª Classe e ensino superior completo para progressão para Subinspetor e Inspetor; 5 - 1 avaliação de desempenho e o período mínimo de avaliação previsto no art. 17, inciso III (9 meses, ininterruptos ou não), no primeiro processo de progressão vertical; 6 - 2 avaliações de desempenho, para fins de preenchimento da 1ª Classe e Classe de Subinspetor, no segundo processo de progressão vertical, e 7 - para fins de preenchimento da 1ª Classe (Nível III), Classe de Subinspetor (Nível IV) e de Inspetor (Nível V), no terceiro processo de progressão vertical, não se exigem avaliações de desempenho. O requisito temporal de no mínimo 5 anos de exercício no mesmo nível foi afastado pelo próprio Estatuto. Mas a exigência de ocupar o grau “B” foi expressamente mantida. São 2 requisitos distintos: um de ordem temporal, e o outro relacionado ao grau ocupado pelo servidor (o que se deu conforme valores de vencimento - art. 27, *caput*, do Estatuto; não dependendo de fator temporal). Lembrando que trata-se das regras transitórias. Determinou o art. 27, *caput*, do Estatuto sob análise, que o enquadramento por Nível dos guardas municipais no novo quadro de carreira deveria se dar consoante tempo de serviço, conforme regra definida em seus incisos. O mesmo dispositivo, em seu § 2º, estabeleceu que o enquadramento por grau se daria de acordo com o vencimento (idêntico

ou imediatamente superior ao que já recebia). Ou seja, o enquadramento no nível considerou o tempo de serviço no cargo de guarda municipal e o enquadramento no grau dependia de qual era, até então, o vencimento do trabalhador, comparado com os novos vencimentos trazidos pelo Estatuto. Logo, o reclamante foi enquadrado no Nível II (mais de 12 anos e menos de 24 anos de efetivo exercício) e no Grau “A” (vencimento idêntico ou imediatamente superior ao que já recebia). No caso em concreto, pois, incontroverso que o autor está enquadrado no Nível II, Grau “A”. De acordo com as regras estabelecidas, os servidores que eventualmente se enquadraram no grau “B” (de acordo com seus vencimentos) e tendo cumprido os demais requisitos, já teriam direito às primeiras progressões verticais (transitórias), para a 1ª Classe, Subinspetor e Inspetor. Mas esse não é o caso do autor, já que não atende ao menos um dos requisitos: ocupar o Grau “B”. TRT/SP 15ª Região 0010255-87.2020.5.15.0126 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 30 mar. 2021, p. 1965.

39 - RECURSO ORDINÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. ADCS N. 58 E 59. DECISÃO PLENÁRIA DO STF (18.12.2020). EFEITOS. CORREÇÃO PELO IPCA-E ATÉ A CITAÇÃO DA RECLAMADA (EXCLUSIVE) E PELA SELIC A PARTIR DE ENTÃO (INCLUSIVE), JÁ COMPREENDIDOS OS JUROS DE MORA. PRINCÍPIO DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*. PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DO PATRIMÔNIO JURÍDICO (CRÉDITOS). INTELIGÊNCIA DO ART. 404, PAR. ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL (C/C ART. 8º, §1º, DA CLT). INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DAS PERDAS DECORRENTES DA INFLAÇÃO MONETÁRIA, *SI ET IN QUANTUM* CONSTATADA A PERDA RELATIVA DA SELIC EM RELAÇÃO AO IPCA-E (COM OS JUROS MÍNIMOS DO ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL). 1. Em 18.12.2020, o Plenário do C. STF terminou por deliberar, em definitivo, sobre o tema da atualização monetária dos créditos trabalhistas, repulsando a lógica subjacente às decisões anteriormente prolatadas nas ADIs 4.425 e 4.357 e no RE 870.947 (com repercussão geral). Assim, ao julgar as ADCs 58 e 59 e as ADIs 5.867 e 6.021, o Excelso Pretório decidiu, por maioria, manter formalmente a declaração de inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR), mas julgar parcialmente procedentes as ações, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei n. 13.467 de 2017, no sentido de considerar a Selic (art. 406 do Código Civil) como fator de correção adequado, até que sobrevenha nova solução legislativa, respeitadas as

situações já consolidadas pelo trânsito em julgado. 2. A rigor, a Selic não é propriamente um fator de correção monetária, especialmente para créditos trabalhistas, porque não mede a variação de preços ou perda relativa da capacidade de compra da moeda (STF, RE 870.947, Rel. Min. Luiz Fux), mas basicamente a variação das taxas de juros apuradas nas operações de empréstimos de instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia. Ademais, suprimidos os juros de mora à base de 12% a. a. (Lei n. 8.177/1991, art. 39), o crédito trabalhista torna-se um dos mais “baratos” do mercado (conquanto essencialmente alimentar), favorecendo sensível e injustificadamente a posição jurídica do devedor trabalhista e os contextos de inadimplência estratégica. 3. Nesses termos, dada a vinculatividade *erga omnes* da decisão prolatada pelo Excelso Pretório, e considerando-se a necessidade de interpretá-la (CPC, art. 489, § 3º) à luz da Teoria Tridimensional do Direito, compondo com as normas-princípios constitucionais e legais de regência da matéria (*e. g.*, arts. 1º, IV, e 5º, LXXVIII, da CRFB, arts. 404, 406 e 407 do CC e arts. 1º, 4º, 6º e 139, IV, do CPC/2015), com o valor maior imbricado nesse contexto (o da justiça social) e com o estado de fato narrado *supra*, é de rigor determinar a correção pelo IPCA-E até a data da citação (exclusive) e a subsequente atualização com a taxa Selic a partir de então (inclusive), como entendeu o C. STF; por outro lado, em se demonstrando a tempo e modo que a correção pela Selic é inferior à atualização pelo IPCA-E + 1% a. m. nesse mesmo interregno (*i. e.*, entre a citação e a própria conta de liquidação), cumprirá determinar a indenização suplementar, inclusive *ex officio*, nos termos do art. 404, par. único, do Código Civil (c/c art. 8º, § 1º, da CLT), provendo-se a *restitutio in integrum* (já que os juros mínimos para a dívida civil são exatamente de 1% a. m., *ut* art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN e arts. 8º, § 1º, e 889 da CLT). 4. Recursos do reclamante e da 1ª reclamada parcialmente providos. TRT/SP 15ª Região 0011241-36.2017.5.15.0097 ROT - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Guilherme Guimarães Feliciano. DEJT 2 fev. 2021, p. 1866.

40-RELAÇÃO DE EMPREGO. ENTREGADOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. Motoqueiro que procede entregas para empresa de pequeno porte, com autonomia suficiente para determinar sua frequência semanal e possui, ademais, outra atividade remunerada (*personal trainer*) não atende aos requisitos do art. 3º da CLT. Improcedência confirmada. Recurso desprovido. TRT/SP 15ª Região 0011638-07.2018.5.15.0115 ROT - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 7 maio 2021, p. 6130.

41 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. ESTADO DE SÃO PAULO. AFASTADA. EXCLUSÃO DA LIDE. TEMA N. 246 DO STF. O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Reforma-se. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. ESTADO DE SÃO PAULO. AFASTADA. EXCLUSÃO DA LIDE. TEMA N. 246 DO STF. Trago ao voto as pertinentes considerações do Ministro Luís Roberto Barroso no voto que proferiu no RE 760931/DF, com repercussão geral, que igualmente se aplicam ao caso: “O Poder Público, ao fiscalizar, tem uma obrigação de meio - ele tem que fiscalizar -, mas não de resultado, a significar que ele seja responsável sempre que haja algum tipo de inadimplemento. Porque, se for assim, a responsabilização volta a ser automática, em violação ao decidido na ADC 16. Portanto, eu acho que é preciso dizer onde a Administração falhou na fiscalização. E aqui é que vem a dificuldade e, talvez, uma divergência de fundo com a prática do TST. É que o TST considera como fiscalização adequada aquela que se baseia em instruções normativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. São instruções normativas que têm mais de 120 páginas, extremamente prolixas, extremamente complexas e, em alguns casos, com todo o respeito, um pouco confusas. Mas, na verdade, o que decorre das instruções do Ministério do Planejamento, como regra geral, é que o Poder Público tem o dever de fiscalizar 100% dos contratos trabalhistas da terceirizada. **Ora, se o Poder Público tiver que fiscalizar 100% das obrigações da terceirizada, a terceirização simplesmente perde qualquer tipo de racionalidade econômica, porque paga-se e tem-se que montar uma estrutura para fazer a mesma coisa. Portanto, a exigência de fiscalização de 100% é, a meu ver, uma forma oblíqua de não aceitar a terceirização.** E, portanto, eu acho que o cumprimento rigoroso das instruções [...] O que o Ministério do Planejamento fez? Como o Poder Público vinha sendo condenado reiteradamente pela Justiça do Trabalho, eles fizeram um manual exaustivo para evitar a condenação. Mas, ao evitar a condenação, mata o doente, porque não há a alternativa de utilizar o remédio da terceirização. Se e quando ela é cabível e legítima, nós vamos discutir em outro momento. Mas a terceirização, em si, é uma categoria admitida pelo direito vigente, e, portanto, qualquer solução que a inviabilize eu acho que é uma intervenção indevida na liberdade de contratar. As instruções normativas do Ministério do Planejamento não preveem o que eu acho que é a única possibilidade

legítima de fiscalização, que é a fiscalização por amostragem, em que o poder público tem o dever de verificar, dentro de uma amostra razoável, se os contratos estão ou não sendo cumpridos”. Reforma-se. TRT/SP 15ª Região 0010661-20.2017.5.15.0060 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 28 abr. 2021, p. 864.

42 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TOMADORA DE SERVIÇOS. CULPA *IN VIGILANDO*. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 927 E 186 DO CÓDIGO CIVIL. A responsabilidade subsidiária decorre do fato de o ente público tomador de serviços não ter fiscalizado adequadamente o estreito cumprimento das obrigações legais da empresa terceirizada contratada, como impõem os arts. 58, III, e 67 da Lei n. 8.666/1993. Resta, portanto, caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, como preceituam os arts. 927 e 186 do Código Civil. Cumpre salientar que não há qualquer ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, e nem mesmo se está declarando a inconstitucionalidade ou ignorando o dispositivo, tampouco se está confrontando a decisão proferida pelo C. Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC n. 16. Ocorre que a norma contida no citado artigo não impede a caracterização da culpa *in vigilando* do ente público. Ressalte-se que os tomadores de serviço devem manter relações com prestadores que cumpram os seus deveres, máxime os trabalhistas, de cunho eminentemente alimentar, zelando pela estrita observância dos regramentos próprios da utilização de trabalho subordinado. Tal parâmetro aplica-se, até com maior rigor, aos componentes da Administração Pública, pautada que deve ser pelos princípios da legalidade e da moralidade, a teor do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Por tais razões, irrecusável a existência da responsabilidade subsidiária do órgão público, sendo que para sua condenação basta o fato de não ter fiscalizado devidamente o convênio com a primeira reclamada e ter sido o beneficiário direto do trabalho da autora, em cuja circunstância não pode se eximir de responder pela satisfação dos direitos da obreira, caso a empregadora não cumpra com essa obrigação. Inteligência da Súmula n. 331, IV, V e VI, do C. TST. Recurso ordinário do 3º reclamado a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0010204-83.2019.5.15.0135 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 28 maio 2021, p. 4523.

43 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. BENEFÍCIO DE ORDEM. DESNECESSIDADE

DE ESGOTAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DO DEVEDOR PRINCIPAL. A responsabilidade subsidiária não pressupõe o exaurimento dos atos executórios em face do devedor principal e de seus sócios, bastando a ausência de bens suficientes para o adimplemento da obrigação. Agravo desprovido. TRT/SP 15ª Região 0011852-66.2016.5.15.0115 AP - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 17 maio 2021, p. 6527.



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Ato Regulamentar GP n. 8, de 23 ago. 2021, DEJT 25 ago. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-3

Regulamenta a concessão de estágio facultativo de estudantes pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Comunicado GP n. 14, de 17 mar. 2021, DEJT 18 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Referente à ferramenta de atendimento ao público **Balcão Virtual** no âmbito dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas da Justiça do Trabalho (CEJUSCs-JT) e das Divisões de Execução deste Tribunal.

Comunicado GP-CR n. 9, de 12 mar. 2021, DEJT 12 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 3-4

Comunica que não haverá expediente presencial em nenhuma das unidades judiciárias e administrativas deste Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no período de 15 a 30 de março de 2021, em razão das medidas estabelecidas na fase emergencial do **Plano São Paulo**.

Comunicado GP-CR n. 13, de 27 ago. 2021, DEJT 30 ago. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Dispõe sobre o Ato Conjunto CSJT.GP.CGJT n. 35/2021, alterado parcialmente pelo Ato Conjunto CSJT.GP.CGJT n. 36/2021, que regulamenta a contagem de prazos processuais e das publicações de atos administrativos realizadas via DEJT no período de 8.7.2021 até 20.8.2021.

Portaria GP n. 58, de 15 jul. 2021, DEJT 20 jul. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2

Institui Grupo de Trabalho para Análise de Critérios para Bloqueio no PJe.

Portaria GP n. 62, de 10 ago. 2021, DEJT 12 ago. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2

Delega a atribuição de ratificar as requisições de Honorários Periciais da Justiça Gratuita no sistema eletrônico Assistência Jurídica da Justiça do

Trabalho - AJ/JT do Sistema Integrado de Gestão Orçamentária e Financeira da Justiça do Trabalho - SIGEO-JT.

Portaria GP n. 63, de 10 ago. 2021, DEJT 12 ago. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Dispõe sobre a realização de sessões do Egrégio Tribunal Pleno e do Egrégio Órgão Especial de forma híbrida: presencialmente e por videoconferência e dá outras providências.

Portaria GP-CR n. 7, de 12 mar. 2021, DEJT 15 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 4-5

Suspende as audiências e os prazos processuais no Município de Lins por situação de *lockdown*.

Portaria GP-CR n. 8, de 16 mar. 2021, DEJT 16 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de Ribeirão Preto por situação de *lockdown*.

Portaria GP-CR n. 9, de 16 mar. 2021, DEJT 17 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 3

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de São José do Rio Preto por situação de *lockdown*.

Portaria GP-CR n. 11, de 16 mar. 2021, DEJT 17 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Orlândia por situação de *lockdown*.

Portaria GP-CR n. 12, de 17 mar. 2021, DEJT 18 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 7-8

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de Jaboticabal por situação de *lockdown*.

Portaria GP-CR n. 13, de 17 mar. 2021, DEJT 18 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 3-4

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Batatais.

Portaria GP-CR n. 14, de 17 mar. 2021, DEJT 18 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 6-7

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de Sertãozinho.

Portaria GP-CR n. 15, de 19 mar. 2021, DEJT 23 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de Franca.

Portaria GP-CR n. 16, de 19 mar. 2021, DEJT 22 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Votuporanga.

Portaria GP-CR n. 17, de 22 mar. 2021, DEJT 23 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Itanhaém.

Portaria GP-CR n. 18, de 26 mar. 2021, DEJT 26 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Araras.

Portaria GP-CR n. 19, de 29 mar. 2021, DEJT 29 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Jales.

Portaria GP-CR n. 20, de 12 mar. 2021, DEJT 30 mar. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Prorroga por tempo indeterminado o sistema de trabalho remoto e o prazo previsto no § 1º do art. 6º e no § 2º do art. 9º da Portaria GP-CR n. 6/2020, que trata do atendimento ao público externo e da designação de audiências presenciais e semipresenciais.

Portaria GP-CR n. 24, de 14 maio 2021, DEJT 14 maio 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Batatais.

Portaria GP-CR n. 25, de 18 maio 2021, DEJT 19 maio 2021 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara do Trabalho de Bebedouro.

Portaria GP-CR n. 26, de 25 maio 2021, DEJT 26 maio 2021 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de Franca.

Portaria GP-CR n. 28, de 26 maio 2021, DEJT 26 maio 2021 (Cad. Administrativo), p. 3-4

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara Trabalhista de Cajuru.

Portaria GP-CR n. 29, de 31 maio 2021, DEJT 1º jun. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Prorroga a suspensão de audiências e prazos processuais no Fórum Trabalhista de Ribeirão Preto.

Portaria GP-CR n. 30, de 1º jun. 2021, DEJT 2 jun. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2

Suspende audiências e prazos processuais na Vara Trabalhista de Amparo.

Portaria GP-CR n. 31, de 14 jun. 2021, DEJT 14 jun. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de Catanduva.

Portaria GP-CR n. 32, de 17 jun. 2021, DEJT 18 jun. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Suspende as audiências e os prazos processuais na Vara Trabalhista de Barretos.

Portaria GP-CR n. 34, de 18 jun. 2021, DEJT 18 jun. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2

Suspende as audiências e os prazos processuais no Fórum Trabalhista de Araraquara.

Portaria GP-CR n. 36, de 22 jul. 2021, DEJT 23 jul. 2021 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Divulga os dias em que não haverá expediente nos órgãos da Justiça do Trabalho da 15ª Região em 2022.

Portaria GP-CR n. 40, de 26 ago. 2021, DEJT 31 ago. 2021 (Cad. Administrativo), p. 3-4

Dispõe sobre a atualização das regras para a retomada gradual das atividades presenciais no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 10, de 21 jul. 2021, DEJT 23 jul. 2021 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Dispõe sobre o Juízo Auxiliar de Precatórios, vinculado à Presidência do Tribunal, e dá outras providências.



ÍNDICE

ÍNDICE DO EMENTÁRIO

Ação

- Ação civil pública, de sindicato profissional, utilizada para mera captação de documentos para produção antecipada de provas, com vista a reforço de prova. Reclamatória trabalhista. Extinção sem julgamento de mérito 281

Acidente

- Acidente típico. Dono de obra. Responsabilidade solidária. Art. 942 do Código Civil. Inaplicabilidade da OJ n. 191 da SDI-I do C. TST..... 281

Acordo

- Acordo extrajudicial. Homologação sem ressalvas. Procedimento de jurisdição voluntária. Preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 855-B a 855-E da CLT (incluído pela Lei n. 13.467/2017). Validade do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil). Interpretação à luz do princípio da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422 do Código Civil) 282

Adicional

- Adicional de insalubridade, pelo calor: raios solares. Trabalho em ambiente aberto. Reclamante era agente de mobilidade urbana (os chamados “amarelinhos”, de Campinas-SP). Jornada contratual de 6 horas. Indevido 294
- Adicional de insalubridade. Limpeza de escola. Contato com agentes insalubres biológicos. Anexo 14 da NR-15 do Ministério do Trabalho. Possibilidade..... 282
- Direito do trabalho. Adicional de insalubridade. Eventualidade e/ou intermitência 288

Agravo

- Agravo de petição. Execução trabalhista. Desconsideração da personalidade jurídica de empresa falida. Lei n. 14.112/2020. Nova disciplina legal sobre a matéria..... 283

- Agravo de petição. Garantia do Juízo. Incidência de juros de mora e correção monetária. Possibilidade..... 283

Banco de horas

- Invalidez do banco de horas. A emergência da preservação da Constituição..... 292

Cálculos de liquidação

- Cálculos de liquidação. Atualização monetária. Modulação. Coisa julgada 284

Cerceamento de defesa

- Cerceamento do direito de defesa. Omissão da parte. Não caracterização 285

Comissão

- Comissão. Estorno após a venda realizada. Indevido..... 285

Competência

- Competência territorial. Art. 651, CLT. Princípio do acesso à justiça. Princípio da proteção 285
- Conflito de competência. Rejeição de prevenção. Não cabimento..... 285

Concessão

- Contrato de concessão de serviço de transporte coletivo pelo município. Responsabilidade subsidiária não configurada 285

Contrato

- Contrato intermitente. Invalidez jurídica 286

Correção monetária

- Definição do índice de correção monetária dos créditos trabalhistas em face da liminar concedida na ADC 58..... 287

Decisão

- Decisão *extra petita* configurada. Reforma parcial 287

Demissão

- Pedido de demissão. Reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho. Cabimento 285

Diferença salarial

- Diferenças salariais. Progressões horizontais por antiguidade. Compensação. Limitação salarial devida 288

Doença

- Doença do trabalho. Ausência de incapacidade. Garantia de emprego indevida 289
- Doença do trabalho. Laudo negativo quanto ao nexó. Tempo de labor insuficiente para desencadear as lesões. Improcedência do pedido 289

Execução

- Execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Teoria menor. Responsabilização do sócio retirante. Limitação temporal..... 289
- Execução. Penhora de créditos. Legalidade..... 290
- Execução. Responsabilidade subsidiária. Benefício de ordem. Inexistência..... 290

FGTS

- FGTS. Movimentação da conta vinculada. Limites. Calamidade pública. Covid-19. Jurisdição contenciosa. Incompetência da Justiça do Trabalho 290

Fundação

- Fundação Casa/SP. Quinquênios devidos ao empregado contratado sob o regime da CLT. Art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo 291

Honorários

- Honorários advocatícios devidos pelo reclamante. Interpretação do art. 791-A, § 4º, da CLT284, 291

Horas extras

- Horas extras. Prefixação da jornada em norma coletiva. Trabalhador marítimo. Possibilidade 292

Horas *in itinere*

- Direito do trabalho. Processo interposto na vigência da Lei n. 13.467/2017. Horas *in itinere*. Trabalhador rural. Cabimento 288

Intervalo de trabalho

- Intervalo do art. 384 da CLT. Recepção pela Constituição da República de 1988. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia 292
- Pausas para descanso previstas na NR-31, expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Pertinência. Aplicação analógica do art. 72 da CLT 296

Jornada de trabalho

- Jornada de 6 horas. Intervalo intrajornada de 15 minutos, mesmo no caso de eventuais horas extras após às 6 horas. Seu tempo vincula-se à jornada contratual e, não, à efetivamente trabalhada. Exegese do art. 71, § 1º, da CLT. Aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 178 da SBDI-1 do C. TST 293
- Jornada reduzida. Possibilidade. Aplicação analógica de hipótese prevista no estatuto do servidor público federal. Mãe de criança com Transtorno do Espectro Autista associado à Síndrome do "X" Frágil..... 294

Multa

- Multa do art. 477 da CLT. Modalidade de rescisão dirimida em Juízo. Devida 296

Plano de saúde

- Plano de saúde com participação mensal dos empregados alterado para plano com coparticipação. Óbice à permanência dos trabalhadores no convênio médico após a dispensa sem justa causa ou aposentadoria. Alteração contratual lesiva. Nulidade..... 297

Prescrição

- Prescrição intercorrente. Execução iniciada antes da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Inaplicabilidade no processo do trabalho..... 298

Professor

- Professor. Educação infantil. Hora extra. Art. 318 da CLT. Cabimento..... 298
- Professor. Salário. Horas-aula. DSRs. Devidos. Súmula n. 351 do C. TST..... 298

Progressão

- Progressão vertical transitória. Guardas municipais do Município de Paulínia. Requisitos para preenchimento dos níveis criados para o quadro de carreira. Não enquadramento. Aplicação dos arts. 19, 20, 27 e 29 da Lei Municipal Complementar n. 59/2016 do Município de Paulínia 298

Recurso

- Arguição de não conhecimento do recurso sob alegação de não contrariedade dos fundamentos da sentença..... 283
- Recurso ordinário. Correção monetária dos créditos trabalhistas. ADCs n. 58 e 59. Decisão plenária do STF (18.12.2020). Efeitos. Correção pelo IPCA-E até a citação da reclamada (exclusive) e pela Selic a partir de então (inclusive), já compreendidos os juros de mora. Princípio da *restitutio in integrum*. Proteção do direito de propriedade e do patrimônio jurídico (créditos). Inteligência do art. 404, par. único, do Código Civil (c/c art. 8º, § 1º, da CLT). Indenização compensatória das perdas decorrentes da inflação monetária, *si et in*

quantum constatada a perda relativa da Selic em relação ao IPCA-E (com os juros mínimos do art. 406 do Código Civil)..... 300

Relação de emprego

- Relação de emprego. Entregador. Não configuração 301

Responsabilidade

- Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Tomadora de serviços. Culpa *in vigilando*. Observância dos arts. 927 e 186 do Código Civil..... 303

- Responsabilidade subsidiária do ente público. Estado de São Paulo. Afastada. Exclusão da lide. Tema n. 246 do STF302

- Responsabilidade subsidiária. Redirecionamento da execução. Benefício de ordem. Desnecessidade de esgotamento da execução em face do devedor principal 303

Terceirização

- Negociação coletiva de trabalho. Proibição de terceirização. Validade. Empregados de edifícios e condomínios..... 296

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

ÁBILE, José Carlos

- Competência territorial..... 285

AGUIAR, Fábio Bueno de

- Decisão *extra petita* 287
- Doença do trabalho 289

ALIAGA, Márcia Kamei López

- A Covid-19 nos ambientes de trabalho e o papel da vigilância à saúde dos trabalhadores (artigo) 175

ANJOS, Alexandre Vieira dos

- Agravo de petição..... 283

CÉSAR, João Batista Martins

- Acidente típico 281
- Adicional de insalubridade 282
- Plano de saúde 297

CORRÊA, Lucas Adolfo da Cruz

- Limbo jurídico trabalhista previdenciário: a inércia do empregador e a caracterização do dano extrapatrimonial (artigo)..... 249

DAVID, Adriene Sidnei de Moura

- Diferenças salariais 288

*Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais, e dos assuntos em relação às demais seções.

D'OLIVEIRA, Alan Churchil

- O trabalho intermitente no Brasil como ofensa ao trabalho decente (artigo)..... 113

FELICIANO, Guilherme Guimarães

- Recurso correção monetária 300

FERREIRA, Marcelo Carlos

- Limitações aos efeitos da transação na esfera trabalhista (artigo)..... 129

GAURIAU, Rosane

- Tratamento de dados pessoais e relação laboral: contribuições do *RGPD* e do direito do trabalho francês (artigo)87

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

- Acordo extrajudicial 282

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto

- Responsabilidade subsidiária302

GOMIERI, Olga Aida Joaquim

- Ação civil pública 281
- Adicional de insalubridade 294
- FGTS 290
- Jornada de 6 horas..... 293

HELOANI, Roberto

- Gestão ou humilhação? Uma reflexão contemporânea sobre o assédio no trabalho (artigo)23

KIRTSCHIG, Guilherme

- Covid-19 e proteção facial constitucionalmente adequada: PFF2 para todos? (artigo)..... 195

LAZARIM, Luiz Antonio

- Cerceamento de defesa 285
- Conflito de competência 285
- Pedido de demissão..... 285
- Professor..... 298

LEIVAS, Luciano Lima

- A Covid-19 nos ambientes de trabalho e o papel da vigilância
à saúde dos trabalhadores (artigo) 175

LIMA, Samuel Hugo

- Progressão vertical 298

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina

- Multa art. 477 da CLT 296
- Prescrição intercorrente..... 298
- Responsabilidade subsidiária 303

MARTÍN MUÑOZ, Maria Rosa

- El derecho a la desconexión digital: modelos comparados y
regulación legal y convencional en España (artigo) 215

MELO, Saulo Martins de

- Limitações aos efeitos da transação na esfera trabalhista (artigo)..... 129

MENDES, Marcia Cristina Sampaio

- Correção monetária 287

MOLITOR, Thamiris Evaristo

- A crise sanitária e a precarização do trabalho: uma análise
histórica (artigo) 267

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso

- Pode o empregador exigir a vacinação contra o Covid-19 dos seus empregados? (artigo)63

PADILHA, Norma Sueli

- A Covid-19 nos ambientes de trabalho e o papel da vigilância à saúde dos trabalhadores (artigo) 175

PISTORI, Gerson Lacerda

- Execução 290
- Responsabilidade subsidiária 303

RIBEIRO, Priscila Maria

- Covid-19 e proteção facial constitucionalmente adequada: PFF2 para todos? (artigo)..... 195

SABINO, Marcos Oliveira

- A Covid-19 nos ambientes de trabalho e o papel da vigilância à saúde dos trabalhadores (artigo) 175

SANCHES, Dora Rossi Góes

- Comissão 285

SANTISO, Susana Graciela

- Cálculos de liquidação 284
- Execução Teoria menor 289
- Execução..... 290

SANTOS, Lorival Ferreira dos

- Concessão..... 285
- Honorários advocatícios284, 291
- Recurso..... 283

SESTARI, Bruna Rosa

- Greves e Justiça do Trabalho: a experiência da Corte de Relações Industriais do Kansas (1920-1925) (artigo)..... 151

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira

- Audiências por videoconferência e telepresencial: distinções necessárias à luz da Resolução n. 354 do CNJ (artigo) 41

SIVERS, Eder

- Jornada reduzida 294

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz

- Banco de horas..... 292
- Contrato intermitente..... 286
- Terceirização..... 296

STOREL, Luciane

- Adicional de insalubridade 288
- Agravo de petição..... 283
- Horas *in itinere*..... 288
- Pausas para descanso 296

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos

- Greves e Justiça do Trabalho: a experiência da Corte de Relações Industriais do Kansas (1920-1925) (artigo)..... 151
- Relação de emprego 301

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

- Atos normativos..... 307

VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo

- Fundação Casa/SP 291
- Horas extras..... 292

ZERBINATTI, Marina de Siqueira Ferreira

- Intervalo art. 384 da CLT 292

NORMAS PARA SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO

A **Revista do Tribunal** tem periodicidade semestral, sendo composta de uma abertura e de um corpo principal formado pelas seções: **Seção Especial**; **Artigos**, que é subdividida nas subseções Doutrina Nacional, Doutrina Internacional e Trabalhos do Meio Científico; **Jurisprudência**, que contém seleção de ementas, súmulas e teses prevaletentes do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no período; **Atos Normativos**, que elenca as principais normas editadas pelo Tribunal, também durante o semestre.

A **Seção Especial** destaca discursos e palestras proferidos no Tribunal ou em eventos por ele patrocinados.

A seção **Artigos** compõe-se de artigos técnicos, de reflexão teórica, ou relatos de pesquisas e experiências profissionais. A subseção Trabalhos do Meio Científico destina-se à publicação de resenhas de pesquisas em andamento ou recém-concluídas no meio acadêmico, dissertações e teses, contendo descrição do tema de estudo, objetivos, métodos e técnicas de investigação, resultados, principais conclusões e outras informações pertinentes.

A seleção de trabalhos para a publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Os artigos encaminhados à Revista serão enviados, sem identificação do autor, para exame de pareceristas, que recomendarão ou não a sua publicação. A publicação dos artigos ocorre conforme a aprovação e priorização dos textos pelo Conselho Editorial. Eventualmente, os trabalhos com sugestões de alterações, de acordo com as recomendações do seu Conselho Editorial ou dos pareceristas, poderão ser submetidos ao autor, que delas terá ciência para manifestação, e caso não haja nenhuma objeção, serão consideradas aprovadas dentro do prazo de dez dias. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do conteúdo editorial. Serão priorizados os artigos inéditos. Não serão devolvidos aos seus autores os originais dos trabalhos, quer tenham sido publicados ou não.

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRT da 15ª Região.

O envio de conteúdo editorial para a publicação na **Revista do Tribunal** implica automaticamente em autorização do autor para a futura e eventual publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. A remessa ou publicação dos trabalhos não acarretará direitos autorais ou qualquer remuneração a seus autores. Como contrapartida pela cessão, o autor receberá quatro exemplares da Revista impressa onde publicado o conteúdo editorial de sua autoria. A **Revista** fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às Normas de Publicação.

ELABORAÇÃO DOS TRABALHOS

Pela natureza da publicação, os artigos deverão ter um mínimo de sete laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques) e não deverão exceder vinte laudas, incluindo notas de rodapé e referências, redigidos em português, observando a ortografia oficial, **com exceção** dos artigos enviados para a publicação em Doutrina Internacional. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo de 2cm na primeira linha, com títulos e subtítulos em caixa alta e centralizados, e devem ter entrelinha

1,5cm. As margens superior e inferior devem ser configuradas com 2cm e as laterais com 3cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4 e a fonte a ser utilizada Times New Roman, corpo 12. O sistema de chamada utilizado é o Autor-data. Tabelas, figuras e quadros deverão ser elaborados e enviados em arquivo próprio e inseridos, no devido local, no corpo do texto.

Os artigos deverão conter, com destaque, no início do texto: resumo de até cem palavras e palavras-chave (de três a cinco palavras).

Visando ampliar a divulgação, os artigos conterão título, resumo e palavras-chave em inglês, elaborados preferencialmente pelo autor. Caso necessário, a **Revista** providenciará a inserção.

O envio do material deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: **revistadotribunal@trt15.jus.br**. De modo alternativo, recebemos arquivos em CD-ROM ou *pen drive*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Para que os artigos possam ser enviados para a apreciação sem a identificação do autor, deverão ser precedidos por uma página, da qual se fará constar: título do trabalho e nome do autor. Ao lado do nome do autor deverá constar o símbolo “*” e, no rodapé da página, após o símbolo “*”, breve *curriculum* com o nome do autor, a situação acadêmica, os títulos, as instituições às quais pertença e a principal atividade exercida, o endereço completo para correspondência, telefone, *e-mail* e a relação da produção intelectual. Esta lauda será separada do artigo antes de ser enviada ao parecerista.

Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) ou se tratar de trabalho acadêmico de conclusão de um curso ou pesquisa, também deverá ser feita referência ao evento, curso ou pesquisa no rodapé da primeira lauda. Se o artigo for referente a resultados de pesquisa, ou envolver seres humanos, deverá ser acompanhado das devidas autorizações.

Trabalhos do Meio Científico: o texto deve estar redigido com no máximo vinte e cinco laudas. Deve ser indicado, na primeira lauda, além do solicitado no parágrafo anterior, qual o tipo de trabalho, a área de conhecimento, a instituição de ensino e o nome do professor orientador, se for o caso.

A Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas, da Escola Judicial, que assessora o Conselho Editorial da **Revista do Tribunal**, procederá às necessárias revisões gramaticais e alterações de ordem editorial (normalização bibliográfica), e à adequação dos trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso necessário.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das Referências.

Endereço para a correspondência:
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas
Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927
Telefone: (19) 3236-2100 ramal 2040 | *e-mail*: revistadotribunal@trt15.jus.br

NORMS FOR SUBMISSION AND PUBLICATION

The **Revista do Tribunal** is published every six months, consisting of an opening and a main body formed by the sections: **Special Section; Articles**, which is subdivided into the subsections National Doctrine, International Doctrine and Works of the Scientific Environment; **Jurisprudence**, which contains the selection of syllabus, judicial precedents and prevailing theses of the Regional Labor Court of the 15th Region in the period; **Normative Acts**, which lists the main rules issued by the Court, also during the semester.

The **Special Section** highlights speeches and lectures given at the Court or at events sponsored by it.

The **Articles** section is made up of technical articles, of theoretical reflection, or reports of research and professional experiences. The subsection Scientific Papers is intended for the publication of reviews of research in progress or recently concluded in the academic environment, dissertations and theses, containing a description of the subject of study, objectives, methods and techniques of investigation, results, main conclusions and others pertinent information.

The selection of works for publication is the responsibility of the Editorial Board of the Magazine. The articles sent to the Journal will be sent, without identifying the author, for review by referees, who will recommend or not their publication. The articles are published according to the approval and prioritization of the texts by the Editorial Board. Eventually, the works with suggestions for changes, according to the recommendations of its Editorial Board or of the referees, may be submitted to the author, who will be aware of them for manifestation, and if there is no objection, they will be considered approved within the term of ten days. The identity of those responsible for analyzing the editorial content will not be informed. Unpublished articles will be prioritized. The originals of the works will not be returned to their authors, whether they have been published or not.

The opinions expressed by the author in his work are his exclusive responsibility, and do not necessarily represent the thinking of the TRT of the 15th Region.

Sending editorial content for publication in **Revista do Tribunal** automatically implies authorization by the author for future and eventual publication or distribution in printed or electronic media. The sending or publication of the works will not result in copyright or any remuneration to their authors. In return for the assignment, the author will receive four copies of the printed magazine where the editorial content of his authorship is published. The Journal is authorized to make changes and corrections to adapt the text to the Publication Standards.

PREPARATION OF WORKS

Due to the nature of the publication, the articles must have a minimum of seven pages (each page must have 2,100 touches) and must not exceed twenty pages, including footnotes and references, written in Portuguese, observing the official spelling, **with the exception** of the articles sent for publication in International Doctrine. Paragraphs must be justified, with a 2cm indentation in the first line, with titles and subtitles in uppercase and centralized, and must have a

1.5cm between the lines. The top and bottom margins must be set at 2cm and the sides at 3cm. The formatting of the paper size must be A4 and the font to be used Times New Roman, body 12. The calling system used is the Author-data. Tables, figures and charts must be prepared and sent in a proper file and inserted, in the appropriate place, in the body of the text.

The articles should contain, with emphasis, at the beginning of the text: abstract of up to one hundred words and keywords (three to five words).

In order to expand the dissemination, the articles will contain title, abstract and keywords in English, preferably prepared by the author. If necessary, the **Revista** will provide the insertion.

The material must be sent by electronic mail to the address: **revistadotribunal@trt15.jus.br**. Alternatively, we receive files on CD-ROM or thumb drive. The use of a Microsoft Word processor is recommended. If another processor is used, the files must be written in RTF format (common to all word processors).

In order for articles to be sent for review without identifying the author, they must be preceded by a page, which will include: title of the work and name of the author. Next to the author's name, the symbol "*" must appear and, at the bottom of the page, after the symbol "*", a brief *curriculum* with the author's name, academic status, titles, institutions to which he belongs and the main activity performed, full address for correspondence, telephone, e-mail and list of intellectual production. This page will be separated from the article before being sent to the referee.

If the article has previously been published at public events (congresses, seminars etc.) or if it is academic work to conclude a course or research, reference should also be made to the event, course or research at the bottom of the first page. If the article refers to research results, or involves human beings, it must be accompanied by the appropriate authorizations.

Scientific works: the text must be written with a maximum of twenty-five pages. In the first page, in addition to what was requested in the previous paragraph, the type of work, the area of knowledge, the educational institution and the name of the supervising professor, if applicable, must be indicated.

The Legal Research and Publications Section of the Judicial School, which advises the Editorial Board of **Revista do Tribunal**, will carry out the necessary grammatical revisions and editorial changes (bibliographic standardization), and the adaptation of the works to be published to the rules disciplined by ABNT, necessary case.

Acknowledgments and assistance received by the author can be mentioned at the end of the article, before the References.

Mailing address:
Regional Labor Court of the 15th Region
Judicial School of the Regional Labor Court of the 15th Region
Research and Legal Publications Section
Rua Barão de Jaguara, 901 - 5th floor - Centro - Campinas / SP - CEP 13015-927
Telephone: (19) 3236-2100 ext. 2040 | e-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br