Helena K. Lazzarin
Gilberto Stürmer
(Orgs.)

RELAÇÕES de TRABALHO e SINDICALISMO

PPGD PUCRS • Grupo de Pesquisa
Relações de Trabalho e Sindicalismo

Discutindo temas atuais do Direito do Trabalho, nos âmbitos individual e coletivo, o grupo tem produzido pesquisas publicadas em diversas revistas. Em alguns anos, com destaque para 2015 e 2016, foram publicadas revistas com a produção temática das discussões dos anos anteriores a cada uma das edições. Na origem o grupo discutia também Processo do Trabalho e a denominação originária da revista era "Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo". A presente edição de 2022 leva o nome do grupo: Revista "Relações de Trabalho e Sindicalismo" do Grupo de Pesquisa do mesmo nome. Os temas aqui debatidos levam em consideração as discussões do grupo em 2021 que, em função da pandemia de covid-19, teve seus trabalhos integralmente no formato virtual. Com a co-coordenação da Professora Doutora Helena Kugel Lazzarin, foram discutidos temas como a identidade do trabalhador por meio do trabalho, negociação coletiva de trabalho como mecanismo efetivador do trabalho decente, adoecimento emocional no trabalho, assédio moral e suas formas de prevenção, as consequências do "home office" no período de pandemia, a preocupação com os trabalhadores da saúde, o dano extrapatrimonial e a reforma trabalhista de 2017, a "uberização" do trabalho e da vida, bem como análise de casos em comparação entre decisões judiciais no Brasil e no Reino Unido, e trabalho intermitente. Os textos são densos e de alta qualidade doutrinária e científica, uma vez que resultam de grandes discussões levadas a efeito por ocasião dos encontros do grupo.

Gilberto Stürmer

9 786559 175000

editorafi.org

CC BY SA

RELAÇÕES DE TRABALHO E SINDICALISMO

RELAÇÕES DE TRABALHO E SINDICALISMO

PPGD PUCRS - Grupo de Pesquisa
Relações de Trabalho e Sindicalismo

Organizadores (as)
Helena K. Lazzarin
Gilberto Stürmer

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhalgual 4.0 Internacional
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LAZZARIN, Helena K.; STÜRMER, Gilberto (Orgs.)

Relações de Trabalho e Sindicalismo: PPGD PUCRS - Grupo de Pesquisa Relações de Trabalho e Sindicalismo [recurso eletrônico] / Helena K. Lazzarin; Gilberto Stürmer (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

209 p.

ISBN: 978-65-5917-500-0

DOI: 10.22350/9786559175000

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Trabalho; 2. Sindicalismo; 3. Direito; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 11

Gilberto Stürmer

1 14

O "NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO" E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Helena Kugel Lazzarin
Bóris Chechi de Assis

RESUMO: A Lei nº 13.467/17 – também conhecida como "reforma trabalhista" – instituiu a figura do "negociado sobre o legislado", a qual permite que sindicatos e empresários tenham liberdade para negociar entre si e fixar condições de trabalho inferiores àquelas previstas em lei. O presente artigo tem como objetivo demonstrar que essa normativa afronta a lógica do princípio protetivo e, também, do princípio da igualdade – na medida em que equipara as figuras "empregado" e "empregador", ao invés de estabelecer tratamentos diferenciados (ou seja, de instituir proteções à parte hipossuficiente) como forma de nivelar a assimetria tipicamente existente na relação laboral. A pesquisa é de cunho bibliográfico e documental e utiliza bibliografia nacional e estrangeira, bem como leituras e pesquisa em livros, artigos de revistas, material colhido em sites oficiais e legislação nacional e internacional.
PALAVRAS-CHAVE: Princípio da igualdade; princípio da proteção; reforma trabalhista; negociado sobre legislado; violação.

2 34

O CONTEXTO DO MERCADO DE TRABALHO E O REFLEXO NO RENDIMENTO DO TRABALHADOR INTERMITENTE

Pedro Alberto Cardoso Samuel
Clarissa Felipe Cid

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar o contexto do mercado de trabalho brasileiro que vem a recepcionar o trabalho intermitente, bem como discutir os dados quantitativos de sua expressão.
PALAVRAS-CHAVE: Trabalho intermitente. Mercado de trabalho. Rendimento. Precarização.

3 55

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO E DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL PELA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DOUTRINÁRIA, LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Rodrigo Wasem Galia
Paulo José Libardoni

RESUMO: O assédio moral caracteriza-se como um atentado à dignidade do trabalhador. A Reforma trabalhista, a partir do artigo 223-A e seguintes, regulamenta objetivamente os critérios para a tarifação dos danos extrapatrimoniais. A pesquisa é construída a partir da análise legal, doutrinária e empírica quando o estado da arte do tema e sua aplicação/vigência no agir dos magistrados trabalhistas são aproximados. Conclui-se que com a entrada em vigor das normas atinentes ao dano extrapatrimonial, que buscam objetivar a quantificação do citado dano, resultaram em baixo impacto (ineficácia) quando comparados os julgados do ano de 2016 com os de 2019 tendo em vista a existência de um entendimento jurisprudencial consolidado e, portanto, resistente aos novos parâmetros. Conclui-se que o STF até agora, pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, considerou, em parte, constitucional a tarifação dos danos extrapatrimoniais operada pela reforma trabalhista, mas apenas como parâmetro, não como teto.
PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista; Dano Extrapatrimonial; Tarifação; Julgados trabalhistas; STF.

4 78

ADOECIMENTO EMOCIONAL NO TRABALHO

Cláudio Teixeira Damilano
Karen Pinzon Blaskoski
Maria Lucia Ciampa Benhame Puglisi

RESUMO: Um ambiente de trabalho sadio vai muito além de proporcionar um local em que o trabalhador não sofra nenhum tipo de violação a sua integridade física, mas trata-se de preservar todos os aspectos relacionados a saúde, o que inclui a proteção da saúde mental. Essa proteção está assegurada tanto em normas internacionais, especialmente tratados da Organização Internacional do Trabalho, como em nível nacional, seja através das normas inseridas na Constituição da República, seja através da legislação infraconstitucional e até mesmo de regramentos feitos pelo Podes Executivo através de Decretos. O fato de existir regramento sobre o tema não inibe que na prática aconteça desequilíbrio nas relações de trabalho, podendo ocasionar situações em que o trabalhador adoeça emocionalmente. É necessário que os envolvidos na gestão da empresa tenham ciência das formas de prevenção para orientar os demais trabalhadores e superiores a não se engajarem em práticas que podem violar o equilíbrio emocional do trabalhador, causando o adoecimento.
PALAVRAS-CHAVE: Saúde mental; trabalho; assédio moral; prevenção.

5 98

A INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO TABELAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS APÓS REFORMA A TRABALHISTA LEI 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neiva Schuvartz
Luciane Marques Ribeiro
Rodolfo Pamplona Filho

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar uma das alterações trazidas pela Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017, que acrescentou à CLT o capitulo II-A, o qual dispõe sobre os danos expatrimoniais e seus parâmetros de fixação. A finalidade do presente estudo será a de analisar a inconstitucionalidade do tabelamento das indenizações baseadas no salário da vitima sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da isonomia, uma vez que a dor sofrida pela vítima não pode ser calculada de forma discriminatória. Ainda, procurar-se-á demonstrar que o legislador ignorou o caráter pedagógico das indenização, que é o de educar e inibir que o agressor continue praticando atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, tão manifesto e defendido na legislação comum.
PALAVRAS-CHAVE: Dano extrapatrimonial; Base de cálculo de tabelamento; Proporcionalidade; Isonomia; Dignidade da pessoa humana; Inconstitucionalidade.

6 124

TRABALHADOR "UBERIZADO": NOTAS ACERCA DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR DO FUTURO

Diego Sena Bello
Paula Jaeger da Silva
Pedro Henrique Daudt

RESUMO: O impacto da Revolução Tecnológica na sociedade é indiscutível e, por óbvio, nas relações laborais. Desse modo, revela-se de extrema relevância investigar essas "novas" relações à luz dos princípios norteadores do direito do trabalho, dentre os quais encontra-se o princípio da proteção. Nesse contexto, a proposta deste trabalho não é buscar a criação de uma categoria de trabalho específica para atender os anseios empresariais, mas sim, que seja possível a fruição de direitos pelo trabalhador, de forma compatível com o trabalho desempenhado e que permita a continuidade da atividade empresarial, de modo a atender de forma equânime o direito ao trabalho e a livre iniciativa previstos no texto Constitucional. Neste trabalho, utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, auxiliado pelos métodos de procedimento histórico, comparativo e funcionalista. O estudo conclui no sentido de ser relevante para garantir proteção a esse trabalhador a criação de uma legislação híbrida de forma que seja possível estender aos motoristas de aplicativos algumas proteções compatíveis com a atividade que exercem (com

flexibilidade, autonomia, assumindo os riscos do negócio, etc.) especialmente no que diz respeito a redução de alíquota de contribuição da Previdência Social, além de levar em consideração características econômicas do modelo de negócios, ou seja, a proteção não pode ser a tal ponto onerosa que inviabilize o negócio, fazendo com que este não tenha lucro.
PALAVRAS-CHAVE: 1. Princípio da proteção; 2. Uberização; 3. Proteção Social; 4. Relação de Trabalho; 5. Trabalhador uberizado.

7 **147**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIVERSIDADE NAS ORGANIZAÇÕES: COMO GARANTIR O ACESSO DAS MULHERES NEGRAS AO MERCADO DE TRABALHO

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz

RESUMO: O presente artigo procura demonstrar a necessidade de aplicação da diversidade no âmbito das relações de trabalho, sobretudo nas relações de emprego, em especial abrindo espaços efetivos para que grupos mais vulneráveis possam ingressar ao mercado de trabalho, tais como as mulheres negras. Assim, o artigo propõe que os direitos fundamentais devem ser valorizados e efetivados também nas organizações privadas e não apenas nas organizações públicas, demonstrando que, apesar da previsão legislativa em prol da diversidade, ainda há um vácuo no que diz respeito ao cumprimento de tais medidas nas organizaões privadas. Apontando que grupos mais vulneráveis, como no caso das mulheres negras, possuem dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, por fim, o artigo indica caminhos para que diversidade e a pluralidade sejam observadas de forma mais eficaz nas relações de trabalho.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Relações de trabalho. Pluralidade. Diversidade. Mulheres negras**.**

8 **169**

O DIÁLOGO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE: O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO E DAS NORMAS COLETIVAS NA AFIRMAÇÃO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Anderson Ribeiro de Oliveira
Luiz Antônio da Silva Bittencourt

RESUMO: O presente artigo científico apresenta como problema de pesquisa de que forma a negociação e as normas coletivas promovem o trabalho decente nos termos da Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD). Ele tem como objetivo analisar o papel da negociação e das normas coletivas, enquanto mecanismo do diálogo social na afirmação da proteção ao trabalhador e na promoção de direitos que viabilizem trabalho decente de acordo com a Agenda Nacional de Trabalho Decente. A pesquisa foi realizada através de metodologia embasada em abordagem de análise de dados qualitativa, utilizando-se para tanto de fontes de pesquisas bibliográficas, tudo para que ao final fosse possível concluir que a negociação e as normas coletivas têm a capacidade de afirmar o princípio da proteção ao trabalhador trazendo direitos que permitam o trabalho decente.
PALAVRAS-CHAVE: Diálogo Social; Negociação Coletiva; Proteção ao Trabalhador; Trabalho Decente.

9 **196**

O NOVO SISTEMA DO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR – PAT – UMA MUDANÇA A FAVOR DO TRABALHADOR OU DO FISCO?

Maria Lucia Ciampa Benhame Puglisi

RESUMO: O PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador decorre de legislação da década de 70, e visa proteger o trabalhador fornecendo-lhe meios de melhor se alimentar, dando, em contrapartida um benefício fiscal às empresas. Sempre o programa privilegiou a população que ganhasse até 5 salários-mínimos, somente permitindo que a empresa pagasse algum benefício alimentar para empregados com maior remuneração quando a totalidade da população de empregados ganhando até 5 salários-mínimos estivesse atendida. Em 2021 as regras regulamentares do PAT foram alteradas, com alterações não só em sua operacionalização, mas também em relação aos benefícios fiscais. Quem ganha ou perde com tal alteração? O presente artigo analisa a nova regra, editada ao pagar das luzes de 2021, mas com vigência imediata. Assim, não é um artigo acadêmico, mas uma alerta para aas consequências de tal alteração, não só às relações de trabalho, mas para a saúde do trabalhador
PALAVRAS-CHAVE: PAT – ALIMENTAÇÃO -

APRESENTAÇÃO

Gilberto Stürmer [1]

O Grupo de Pesquisa "Relações de Trabalho e Sindicalismo", vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e registrado no CNPq, chegou ao seu 17º ano em 2021.

Discutindo temas atuais do Direito do Trabalho, nos âmbitos individual e coletivo, o grupo tem produzido pesquisas publicadas em diversas revistas. Em alguns anos, com destaque para 2015 e 2016, foram publicadas revistas com a produção temática das discussões dos anos anteriores a cada uma das edições. Na origem o grupo discutia também Processo do Trabalho e a denominação originária da revista era "Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo".

A presente edição de 2022 leva o nome do grupo: Revista "Relações de Trabalho e Sindicalismo" do Grupo de Pesquisa do mesmo nome.

Os temas aqui debatidos levam em consideração as discussões do grupo em 2021 que, em função da pandemia de covid-19, teve seus trabalhos integralmente no formato virtual.

Com a co-coordenação da Professora Doutora Helena Kugel Lazzarin, foram discutidos temas como a identidade do trabalhador por meio do trabalho, negociação coletiva de trabalho como mecanismo efetivador do trabalho decente, adoecimento emocional no trabalho, assédio

1 Coordenador do Grupo de Pesquisa relações de Trabalho e Sindicalismo; Programa de Pós-Graduação em Direito; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

moral e suas formas de prevenção, as consequências do "home office" no período de pandemia, a preocupação com os trabalhadores da saúde, o dano extrapatrimonial e a reforma trabalhista de 2017, a "uberização" do trabalho e da vida, bem como análise de casos em comparação entre decisões judiciais no Brasil e no Reino Unido, e trabalho intermitente.

Os intensos e profícuos debates fomentados nos encontros quinzenais do grupo, geraram os artigos que ora apresento.

A pós-doutoranda Helena Kugel Lazzarin e o doutorando Bóris Chechi de Assis, escreveram o texto "O 'negociado sobre o legislado' e a violação aos princípios da igualdade e da proteção do trabalhador".

O texto "Adoecimento emocional no trabalho" é de autoria dos mestrandos Cláudio Teixeira Damilano e Karen Pinzon Blaskoski e da advogada sindical Maria Lúcia Ciampa Benhame Puglisi. Maria Lúcia ainda contribui com o texto "O novo sistema do programa de alimentação do trabalhador – PAT – uma mudança a favor do trabalhador ou do fisco?".

O Juiz do Trabalho e mestre em direito Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz nos apresenta o artigo denominado "Direitos fundamentais e diversidade nas organizações: como garantir o acesso das mulheres negras ao mercado de trabalho".

Logo a seguir, o texto "A inconstitucionalidade da base de cálculo do tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais após e reforma trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017: uma análise sob a ótica dos princípios constitucionais da proporcionalidade, isonomia e dignidade da pessoa humana", é de autoria da Mestre em Direito Neiva Schuvartz, da Mestranda em Direito Luciane Marques Ribeiro e do Juiz do Trabalho e Doutor em Direito, Rodolfo Pamplona Filho.

Logo a seguir, o Doutorando em serviço Social Pedro Alberto Cardoso Samuel e a Advogada Clarissa Felipe Cid, apresentam o artigo denominado "O contexto do mercado de trabalho e o reflexo do rendimento do trabalhador intermitente.

Os doutorandos Anderson Ribeiro de Oliveira e Luiz Antônio da Silva Bittencourt são autores de "O diálogo social como instrumento de promoção do trabalho decente: o papel da negociação e das normas coletivas na afirmação da proteção ao trabalhador".

Segue-se o texto do Pós-doutor em Direito Rodrigo Wasen Galia e do Pós-doutorando em Direito Paulo José Libardoni, sobre "A (in) constitucionalidade da regulamentação da tarifação do dano moral pela reforma trabalhista: uma análise doutrinária, legal e jurisprudencial".

A revista encerra com o artigo denominado "Trabalhador 'uberizado': Notas acerca da proteção do trabalhador do futuro", dos Doutorandos em Direito Diego Sena Bello, Paula Jaeger da Silva e do Especialista em Direito do Trabalho, Pedro Henrique Daudt.

Os textos são densos e de alta qualidade doutrinária e científica, uma vez que resultam de grandes discussões levadas a efeito por ocasião dos encontros do grupo.

Na condição de coordenador do Grupo de Pesquisa relações de Trabalho e Sindicalismo, é com satisfação que apresento esse novo número da Revista de Relações de Trabalho e Sindicalismo. Uma boa leitura.

1

O "NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO" E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Helena Kugel Lazzarin [1]
Bóris Chechi de Assis [2]

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que a previsão do "negociado sobre o legislado", inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro por meio daLei nº 13.467/17), por equiparar partes que são histórica e economicamente desiguais, afronta o princípio da igualdade e o princípio da proteção dos trabalhadores.

Para isso, primeiramente, far-se-á uma análise sobre o princípio da igualdade e sobre a necessidade de concretização de normas protetivas direcionadas a grupos vulneráveis. Posteriormente, o princípio da proteção – norteador do direito do trabalho – será estudado.

Por fim, será analisada a previsão do "negociado sobre o legislado" – e a (indevida) equiparação entre empregado e empregador –, bem como o (contraditório) enfraquecimento dos sindicatos ocasionado pela

1 Pós-Doutoranda em Direito na PUCRS. Doutora em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. Professora integrante do corpo docente do curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS. Advogada no escritório Lazzarin Advogados Associados. Acadêmica Titular da Cadeira nº 15 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa PUCRS/CNPQ Relações de Trabalho e Sindicalismo.

2 Doutorando em Direito na PUCRS. Mestre em Direito e Ciência Jurídica e Pós-graduado em Ciências Jurídico-Laborais pela Universidade de Lisboa. Advogado trabalhista.

mesma legislação. Nesse contexto, demonstrar-se-á a violação aos princípios da igualdade e da proteção dos trabalhadores.

A referida análise será realizada à luz das normas contidas no Direito Internacional dos Direitos Humanos e na atual Constituição Federal.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A NECESSIDADE DE ESTABELECER NORMAS PROTETIVAS DIRECIONADAS A GRUPOS VULNERÁVEIS

Principalmente a partir da segunda metade do século XX, a igualdade e a não discriminação constituíram os elementos fundamentais do direito internacional dos direitos humanos, cujo princípio norteador é a *dignidade de todos os seres humanos*. E o referido princípio não pressupõe que todos são idênticos entre si, mas, ao contrário, reconhece a "existência concreta de seres humanos diferentes entre si, cujas diferenças, ao invés de inferiorizá-los, devem ser reconhecidas e valorizadas".[3] Nesse sentido, conforme a Organização Internacional do Trabalho,[4] é preciso reconhecer a desigualdade existente no mercado de trabalho e, de igual forma, reconhecer que qualquer medida neutra – que não tenha o objetivo explícito de reduzir as assimetrias existentes – tenderá a manter (e talvez aprofundar) essas desigualdades.

É indispensável compreender que o conceito de igualdade como idêntico tratamento da lei a todos é insuficiente, pois restringe a igualdade ao aspecto formal. Essa singela análise conceitual ignora a desigualdade histórica existente entre as pessoas e desenvolvida

3 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos Humanos além da Lógica Formal do Princípio da Igualdade: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, nº 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 78.

4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: a experiência brasileira recente. Brasília: CEPAL/PNUD/OIT, 2008. p. 114-115.

durante séculos de forma estrutural.[5] Por esse motivo – em decorrência da desigualdade gerada a partir de uma igualdade formal –, tornou-se necessária a criação de leis e medidas que, embora criem restrições, são consideradas legítimas. Existe, assim, o *tratamento diferenciado legítimo*, aquele que objetiva uma situação de igualdade material, ou seja, de equiparação entre indivíduos que se encontram, por algum motivo, em situação destoante.

Conforme Santos,[6] necessária a instituição de "uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades". A igualdade, desvinculada da ideia de igualdade formal, exige proteção àqueles grupos que se encontram em desvantagem social, econômica, cultural, sexual, racial, religiosa, etc., pois demanda a preocupação e a compreensão das circunstâncias históricas que geraram a situação de vulnerabilidade desses grupos específicos.[7] Assim, medidas de diferenciação que beneficiam, em certas circunstâncias, grupos vulneráveis não são consideradas discriminatórias, pois produzem o efeito contrário – de isonomia.

Portanto, nem todo tratamento desigual configura discriminação. O princípio da igualdade não objetiva o tratamento idêntico entre todos, permitindo diferenciações razoáveis entre indivíduos ou grupos de

5 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos Humanos além da Lógica Formal do Princípio da Igualdade: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, nº 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 78.

6 SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

7 BRAGATO, Fernanda Frizzo. ADAMATTI, Bianka. Igualdade, Não Discriminação e Direitos Humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados? Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 set. 2021.

indivíduos, desde que fundadas em razões pertinentes e significativas.[8] A efetiva igualdade, vinculada à dignidade humana, exige resultados isonômicos ou igualitários, o que pode, em determinados casos, depender de tratamento diferenciado. Conforme Shelton,[9] tratar desiguais de formas diferenciadas, de acordo com a sua desigualdade, não só é permitido, como é necessário.

O conceito de igualdade material não pressupõe que as partes sejam – ou se tornem – iguais entre si. Por exemplo, o estabelecimento de cotas para afrodescendentes ou para mulheres não enseja a equiparação imediata entre mulheres e homens ou entre negros e brancos. O conceito de igualdade material está vinculado ao *objetivo de proporcionar isonomia, equidade*. Assim, tratamentos diferenciados legítimos (como cotas ou direitos protetivos), que têm como objetivo o estabelecimento de igualdade material, ensejam uma situação equilibrada, reconhecendo as diferenças existentes entre os indivíduos, e não pressupondo uma equiparação imediata entre eles.

3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Conforme Xavier,[10] o direito do trabalho "pretende realizar uma igualdade substancial (não apenas formal) entre os contraentes", opondo-se à desigualdade existente na relação de trabalho e formando condições de uma igualdade prática pela concessão ao trabalhador de

8 BRAGATO, Fernanda Frizzo. ADAMATTI, Bianka. Igualdade, Não Discriminação e Direitos Humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados? Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 set. 2021.

9 SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>. Acesso em: 21 set. 2021.

10 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual de Direito do Trabalho. 2ª ed. Lisboa: Babel, 2014. p. 57-58.

um estatuto legalmente protegido, diferentemente do que ocorre no caso dos tradicionais contratos civis entre particulares. Devido à real situação de desigualdade entre partes, o direito do trabalho se afasta de uma perspectiva contratualista em que se tomam as partes como iguais e livres (como ocorre no direito civil, vide art. 421, caput e parágrafo único, do Código Civil). De acordo com o referido autor, para garantir a igualdade prática (ou seja, a igualdade material), o direito do trabalho é orientado pelo *princípio protetivo*, o qual busca a formação de normas que consagrem um padrão de garantias para o trabalhador.

No que diz respeito às relações laborais e sua regulamentação, o princípio protetor, ou da proteção do trabalhador, erige-se como o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do direito do trabalho. A proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do direito do trabalho e é inerente a todo o seu sistema jurídico.[11]

Historicamente, essa vertente do direito surgiu como consequência à liberdade contratual irrestrita entre pessoas com poderes e capacidades desiguais e a consequente condução desta a a diferentes formas de exploração. Diante da impossibilidade de se pressupor igualdade entre as partes do contrato de trabalho, o legislador buscou amenizar o desnivelamento do trabalhador na relação através de uma proteção jurídica a ele favorável[12] (ou seja, *um tratamento diferenciado legítimo*), fundada, justamente, no princípio protetivo.

11 SÜSSEKIND, Arnaldo. Os Princípios Social-Trabalhistas na Constituição Brasileira. In: Revista do TST, vol. 69, nº 1. Brasília: Lex, jan./jun. 2003. p. 43-44.

12 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 30.

O direito do trabalho, pois,tornou a operar de diversas formas e por diversos meios: através da consagração de normas imperativas; de princípios operacionais próprios e destinados a resolver determinados conflitos de fontes (o princípio do tratamento mais favorável, por exemplo, destina-se a solucionar especialmente conflitos hierárquicos entre fontes: no caso de existir mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador – ainda que não seja a que corresponde aos critérios clássicos de hierarquia de normas);[13] da criação de normas especiais de interpretação; de determinados limites impostos ao legislador e destinados a garantir a própria preservação do direito do trabalho.[14]

O direito do trabalho, norteado pelo princípio da proteção, responde, portanto, ao propósito de nivelar desigualdades, como preconiza o princípio da igualdade. A ideia central do princípio não se inspira na igualdade formal entre as pessoas, mas no nivelamento das desigualdades entre elas existentes[15] – e esse é exatamente o objetivo do princípio da igualdade: proporcionar igualdade material entre indivíduos que se encontram em posições desiguais.[16]

Tendo como base essas considerações, evidencia-se a forte aproximação que existe entre o princípio da igualdade e o princípio da proteção, de modo que se torna possível afirmar que se tratam de princípios *análogos*.

---

13 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 43.

14 DRAY, Guilherme Machado. O Princípio da Proteção do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2015. p. 47-48.

15 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 30.

16 RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 13.

4. O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A (INDEVIDA) EQUIPARAÇÃO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR

Feitas as necessárias considerações sobre o princípio da igualdade e o princípio protetivo, passa-se a analisar a previsão legal que constitui o objeto de pesquisa do presente estudo: a instituição do "negociado sobre o legislado" pela reforma trabalhista de 2017.

A Lei nº 13.467, de 2017,[17] em seus artigos 611-A e 611-B, possibilita que negociações coletivas (acordos e convenções coletivas de trabalho)[18] estabeleçam regramentos em patamares inferiores àqueles previstos em lei.

O artigo 611-A[19] estabelece que "a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei" quando dispuserem,

17 BRASIL. Lei nº 13.467, de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

18 A negociação coletiva pode resultar em dois instrumentos: a convenção coletiva de trabalho, que se dá por um acordo celebrado entre dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais, com o objetivo de estipular condições aplicáveis às relações individuais de trabalho, no âmbito destas representações; e o acordo coletivo de trabalho, que tem abrangência menor, na medida em que é celebrado entre sindicatos de trabalhadores e uma ou mais empresas (FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 436-437).

19 Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. § 1o No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação. § 2o A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. § 3o Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. § 4o Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção

"entre outros", sobre diversos temas elencados, como o regime de sobreaviso, o trabalho intermitente, a prorrogação de jornada e a duração dos intervalos, por exemplo.

O artigo 611-B,[20] por sua vez, estipula que a supressão ou a redução dos direitos nele elencados constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. No entanto, no artigo consta o

coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. § 5o Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 set. 2021).

20 Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 set. 2021).

advérbio "exclusivamente" (e não "entre outros", como no caso do artigo 611-A), com a clara intenção de estabelecer que outros temas podem ser negociados em prejuízo dos trabalhadores.

Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo estabelece que "regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo", com a clara finalidade de esclarecer que as negociações coletivas poderão estipular normas relativas à duração do trabalho e aos intervalos inferiores que aquelas previstas em lei.

A leitura dos dispositivos permite concluir, portanto, que somente serão ilícitas as cláusulas negociais que envolvam os temas inscritos nos incisos do artigo 611-B. A nova legislação determina, em outras palavras, *que sindicatos e empresários tenham liberdade para negociar entre si e fixar condições de trabalho piores do que aquelas previstas na legislação* – matéria que está, inclusive, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (trata-se do Tema 1016).[21]

Ocorre que o direito do trabalho, norteado pelo princípio da proteção, tem como característica um critério próprio de hierarquia das normas, não distinguindo a eficácia a partir da origem da norma.[22] Conforme preconiza o princípio protetivo, no caso de existir mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao

21 A validade de normas coletivas de trabalho que limitem ou restrinjam direitos trabalhistas não assegurados constitucionalmente está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (trata-se do Tema 1046 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 1046. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046 >. Acesso em: 21 set. 2021).

22 DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. A Negociação Coletiva e a Lei 13.467: resistindo à interpretação regressiva. In: SEVERO, Valdete Souto. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (coords.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 455.

trabalhador – ainda que não seja a que corresponde aos critérios clássicos da hierarquia das normas.[23]

Obviamente, em uma sociedade democrática, espera-se que os sindicatos tenham plena liberdade para negociar com as empresas – no entanto, os instrumentos de negociação coletiva não podem criar condições inferiores do que aquelas previstas pela legislação trabalhista.[24]

As previsões contidas nos dispositivos em análise são, inclusive, contrárias ao texto constitucional. Isso porque, tanto o caput, como o inciso XXVI[25] do artigo 7º da Constituição Federal, direcionam a negociação coletiva para o objetivo de estabelecer condições de trabalho superiores àquelas previamente fixadas em lei.[26] Ademais, a Constituição Federal somente permite a negociação coletiva reducionista no caso daqueles direitos expressamente elencados (como o inciso XIV[27] do artigo 7º, por exemplo).

Relativamente à questão da flexibilização das normas, correta a análise feita por Cattani e Holzmann:[28]

23 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 43.

24 SOUZA, Rodrigo Trindade de. Negociado sobre Legislado: o mito de Ulisses e as sereias. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. p. 177.

25 Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2021).

26 SOUZA, Rodrigo Trindade de. Negociado sobre Legislado: o mito de Ulisses e as sereias. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. p. 181.

27 Jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2021).

28 CATTANI, Antonio David. HOLZMANN, Lorena. Dicionário de Trabalho e Tecnologia. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006. p. 133.

> A questão da flexibilização está posta no contexto da reestruturação produtiva em curso em âmbito mundial. A precarização, a que está comumente associada, não é um componente inerente e indissociável nesse processo. As consequências negativas para os trabalhadores, que têm sido dominantes, resultam, sobretudo, das condições em que a flexibilização é implantada (negociada ou imposta) e do poder de barganha e de negociação dos agentes nela envolvidos, num jogo político que tem sido desfavorável aos trabalhadores. Isso aponta a necessidade de os trabalhadores definirem estratégias para enfrentar esse processo de modo propositivo, capacitando-se a defender direitos conquistados e obter vantagens em frente a uma tendência que parece inexorável.

Não há dúvidas quanto ao fato de que o acordo coletivo que diminui custos de trabalho tende a aumentar a lucratividade da empresa que obtém a negociação vantajosa. No entanto, a permissão de acordos coletivos restritivos de direitos legais pode gerar graves comprometimentos ao esperado equilíbrio de acesso ao mercado, prejudicando, inclusive, o setor empresarial, como acertadamente exposto por Souza:

> A inserção do achatamento salarial como elemento de competição desequilibra perigosamente as relações. Se, dentro de uma comunidade, uma empresa consegue, via negociação coletiva, precarizar o trabalho (e, por conseguinte, reduzir os custos) e outra não, forma-se situação de concorrência desleal à instituição mercado. Nesse cenário, os lucros de quem mais precariza são privativos, mas os custos ficam socializados, tornam-se ônus para toda a comunidade em que as empresas se inserem.[29]

29 SOUZA, Rodrigo Trindade de. Negociado sobre Legislado: o mito de Ulisses e as sereias. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. p. 180-181.

A previsão do negociado sobre o legislado descumpre as normas contidas nas Convenções nº 98,[30] 151[31] e 163[32] da Organização Internacional do Trabalho,[33] na medida em que o objetivo da negociação coletiva deve ser buscar condições de trabalho mais favoráveis do que aquelas existentes.[34] Ainda, descumpre a Convenção nº 154[35] da Organização Internacional do Trabalho, a qual prevê, em seu artigo 7º:

> Art. 7 — As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.

Além da contrariedade às referidas convenções da Organização Internacional do Trabalho, Santos[36] atenta para o fato de que essa alteração legislativa viola também outros tratados de direitos humanos, especialmente aqueles que reconhecem o trabalho digno e protegido

30 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 98. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

31 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 151. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236160/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

32 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 163. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242737/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

33 SOUZA, Rodrigo Trindade de. Negociado sobre Legislado: o mito de Ulisses e as sereias. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. p. 178-179.

34 A Convenção nº 98 refere-se ao direito de sindicalização e de negociação coletiva, a Convenção nº 151 diz respeito ao direito de sindicalização e às relações de trabalho na administração pública e a Convenção nº 163, por sua vez, versa sobre a promoção da negociação coletiva.

35 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 154. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

36 SANTOS, Roseniura. Negociado sobre o Legislado e os Limites Impostos pelas Normas Internacionais do Trabalho e Outros Tratados de Direitos Humanos. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da. JORGE, Rosa Maria Campos. RASSY, Rosângela Silva (orgs.). Reforma Trabalhista: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da Lei n. 13.467/2017 para os trabalhadores. São Paulo: LTr, 2019. p. 268-270.

como dimensões da dignidade da pessoa humana. A autora menciona, especialmente, as violações aos seguintes dispositivos: artigo 23[37] da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 55[38] da Carta das Nações Unidas e artigo 26[39] da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A previsão do negociado sobre o legislado, a qual permite a fixação de direitos inferiores àqueles previstos em lei, *objetiva equiparar partes que são historicamente desiguais – empregados e empregadores –, para que tenham liberdade de negociação*. No entanto, essa previsão contraria a realidade histórica que informa a construção do direito do trabalho em nível coletivo, que é justamente de "pressionar o capital para obter melhoria nas condições sociais dos trabalhadores, minimizando os efeitos

37 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021).

38 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da 38 igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a. níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b. a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c. o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>. Acesso em: 21 set. 2021).

39 26. 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 (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 set. 2021).

nocivos da desigualdade material reconhecida e praticada no âmbito da relação de trabalho".[40]

Conforme analisado no tópico anterior, a liberdade de negociação entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais pode ensejar diferentes formas de exploração. O afastamento do direito da realidade social não pode mais ser tolerado, posto que o direito reflete o mundo dos fatos e não mais se fundamenta, exclusivamente, em sujeitos abstratos, detentores de uma igualdade meramente formal.[41] Não é possível pressupor, desse modo, que empregados e empregadores (e seus sindicatos) têm iguais condições para negociar entre si – e, por isso, é indispensável a proteção contra o retrocesso social causado por normas coletivas supressivas.

Evidencia-se, portanto, uma *violação aos princípios da igualdade e da proteção dos trabalhadores*. A violação é ocasionada por estar, neste ponto, a nova legislação tratando como iguais partes que são histórica e economicamente desiguais. Os dispositivos em análise contrariam a ideia de proporcionar igualdade material entre indivíduos que se encontram em posições diferenciadas, através de direitos protetivos.

Nesse sentido, somente é possível aplicar os dispositivos analisados se se considerar que as convenções coletivas de trabalho alcançam prevalência sobre a lei apenas no que puderem oferecer melhores condições sociais em comparação com o previsto na legislação.[42]

---

40 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. Reforma Trabalhista: pontos e contrapontos. São Paulo: Sensus, 2017. p. 123.

41 WYZYKOWSKI, Adriana. Autonomia Privada e Vulnerabilidade do Empregado: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 76.

42 SOUZA, Rodrigo Trindade de. Negociado sobre Legislado: o mito de Ulisses e as sereias. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. p. 183.

É necessário compreender que o limite da negociação coletiva não é a regra contida no artigo 611-B, e sim o conjunto de direitos fundamentais trabalhistas contidos na Constituição Federal e explicitados pela Consolidação das Leis do Trabalho e por outras leis esparsas. As partes da relação de emprego podem – e devem – negociar condições de trabalho, mas precisam obrigatoriamente observar a regra contida no caput do artigo 7º da Constituição Federal (a qual pode ser, inclusive, compreendida como uma regra de não retrocesso social); a normativa internacional relativa à proteção ao trabalho; e, especialmente, os *princípios da igualdade e da proteção do trabalhador*. A negociação coletiva deve, desse modo, visar a melhoria da condição social dos trabalhadores.[43]

5. O CONTRADITÓRIO ENFRAQUECIMENTO DOS SINDICATOS

De forma contraditória aos seus próprios objetivos (no sentido de dar maiores poderes aos sindicatos), a reforma trabalhista, ao mesmo tempo em que aumenta o poder de negociação, enfraquece os sindicatos – quando a lógica deveria ser a oposta, no sentido de fortalecê-los –, através do artigo 579:

> Art. 579. O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591.
>
> § 1º A autorização prévia do empregado a que se refere o caput deve ser individual, expressa e por escrito, não admitidas a autorização tácita ou a

43 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. Reforma Trabalhista: pontos e contrapontos. São Paulo: Sensus, 2017. p. 123.

> substituição dos requisitos estabelecidos neste artigo para a cobrança por requerimento de oposição.
>
> § 2º É nula a regra ou a cláusula normativa que fixar a compulsoriedade ou a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores, sem observância do disposto neste artigo, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia-geral ou outro meio previsto no estatuto da entidade.

Essa previsão faz com que os sindicatos dos empregados tenham menos poder negocial (pois têm menos recursos) do que os sindicatos dos empregadores, o que ocasiona uma assimetria ainda maior entre as figuras representativas do empregado e do empregador.

Dispositivos dessa natureza são capazes de ocasionar uma crise em um dos principais e mais tradicionais instrumentos para promover a transformação social: os sindicatos.[44] Conforme apontam Antunes e Praun:[45]

> Quanto mais frágil a legislação protetora do trabalho e a organização sindical na localidade, maior o grau de precarização das condições de trabalho, independentemente do grau de "modernização" das linhas de produção ou ambientes de trabalho como um todo.

O sindicato combativo, instrumento de luta dos trabalhadores para impedir a retirada de direitos, é uma ameaça à aplicação de normas como as constantes na reforma trabalhista. Portanto, o enfraquecimento das organizações da classe trabalhadora mostra-se como um

44 MIGUEL, Luís Felipe. Dominação e Resistência. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 166.

45 ANTUNES, Ricardo. PRAUN, Luci. A Sociedade dos Adoecimentos no Trabalho. Disponível em: <scielo.br/pdf/sssoc/n123/0101-6628-sssoc-123-0407.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

mecanismo para a implementação e posterior manutenção do desmanche desses direitos protetivos.[46]

A legislação, portanto, rompe a teia de proteção social, pois provoca a perda da força dos sindicatos para sua organização e mobilização. A reforma tem esse efeito não apenas em decorrência do artigo 579, mas também através de outros dispositivos, visto que o poder sindical é incapaz de unir os trabalhadores parciais, temporários, precários, informais, etc.[47]

Nesse sentido, a previsão contida no artigo 579 da Lei nº 13.467, de 2017, viola o princípio da proteção – inclusive no que diz respeito às suas raízes históricas, quais sejam, os movimentos sociais e, posteriormente, sindicais. E, ao violar a lógica protetiva inerente ao direito laboral, ou seja, ao lhe retirar os instrumentos de luta social para melhora e manutenção de direitos protetivos, viola-se, de igual maneira, o princípio da igualdade, na medida em que é necessário que, através de mecanismos de proteção, os trabalhadores tenham instrumentos de luta, tenham forças equiparadas às patronais para buscar suas garantias laborais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base as considerações mencionadas acima, verifica-se que o princípio da igualdade exige resultados equânimes – o que pode, em determinados casos, depender de um tratamento diferenciado. Para que se consiga atingir situações equilibradas, desse modo, é

46 KAPOR, Tatiana Silvério. POSSEBON, Maísa Moreno. A Liberdade Sindical: movimento sindical brasileiro, a unicidade sindical e a "reforma trabalhista". In: SEVERO, Valdete Souto. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (coords.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 416.

47 ANTUNES, Ricardo. Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora Unicamp, 2002. p. 69-70.

indispensável proporcionar igualdade material entre indivíduos que se encontram em posições desiguais, através de direitos protetivos ou medidas afirmativas. E esse é exatamente o mesmo objetivo do direito do trabalho, norteado pelo princípio da proteção dos trabalhadores: nivelar a assimetria existente entre a figura do empregado e do empregador, como preconiza o princípio da igualdade – o que evidencia esses princípios como análogos.

Contudo, em sentido contrário ao que preconiza o ideal de igualdade e de proteção, a reforma trabalhista enfraqueceu os sindicatos (por razões econômicas, os sindicatos dos empregados tornam-se os mais prejudicados) e instituiu a figura do "negociado sobre o legislado", a qual objetiva equiparar partes que são historicamente desiguais – empregados e empregadores (e seus sindicatos, agora enfraquecidos, sobretudo os representantes dos trabalhadores) –, para que tenham liberdade de negociação. Ocorre que não é possível pressupor que as partes da relação de emprego – que são histórica e economicamente desiguais – tenham iguais condições para negociar entre si. O "negociado sobre o legislado" contraria a ideia de proporcionar igualdade material entre indivíduos que se encontram em posições diferenciadas, e, com isso, *resta evidenciada a violação aos princípios da igualdade e da proteção dos trabalhadores*.

É indispensável discutir o retrocesso social causado por normas como as aqui explicitadas, que afrontam os importantes princípios sobre igualdade e proteção à parte hipossuficiente da relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 8ª ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora Unicamp, 2002.

ANTUNES, Ricardo. PRAUN, Luci. **A Sociedade dos Adoecimentos no Trabalho**. Disponível em: <scielo.br/pdf/sssoc/n123/0101-6628-sssoc-123-0407.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. ADAMATTI, Bianka. **Igualdade, Não Discriminação e Direitos Humanos**: são legítimos os tratamentos diferenciados? Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Direitos Humanos além da Lógica Formal do Princípio da Igualdade**: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, nº 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CATTANI, Antonio David. HOLZMANN, Lorena. **Dicionário de Trabalho e Tecnologia**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **A Negociação Coletiva e a Lei 13.467**: resistindo à interpretação regressiva. In: SEVERO, Valdete Souto. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (coords.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da Proteção do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

KAPOR, Tatiana Silvério. POSSEBON, Maísa Moreno. **A Liberdade Sindical**: movimento sindical brasileiro, a unicidade sindical e a "reforma trabalhista". In: SEVERO, Valdete Souto. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (coords.). Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

MIGUEL, Luís Felipe. **Dominação e Resistência**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente**: a experiência brasileira recente. Brasília: CEPAL/PNUD/OIT, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Roseniura. **Negociado sobre o Legislado e os Limites Impostos pelas Normas Internacionais do Trabalho e Outros Tratados de Direitos Humanos**. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da. JORGE, Rosa Maria Campos. RASSY, Rosângela Silva (orgs.). Reforma Trabalhista: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da Lei n. 13.467/2017 para os trabalhadores. São Paulo: LTr, 2019.

SHELTON, Dinah. **Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>. Acesso em: 21 set. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. **Reforma Trabalhista**: pontos e contrapontos. São Paulo: Sensus, 2017.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Negociado sobre Legislado**: o mito de Ulisses e as sereias. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Os Princípios Social-Trabalhistas na Constituição Brasileira**. In: Revista do TST, vol. 69, nº 1. Brasília: Lex, jan./jun. 2003.

WYZYKOWSKI, Adriana. **Autonomia Privada e Vulnerabilidade do Empregado**: critérios para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de Direito do Trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Babel, 2014.

2

O CONTEXTO DO MERCADO DE TRABALHO E O REFLEXO NO RENDIMENTO DO TRABALHADOR INTERMITENTE

Pedro Alberto Cardoso Samuel [1]
Clarissa Felipe Cid [2]

1 INTRODUÇÃO

A compreensão do contrato de trabalho intermitente é fundamental se dar a partir da análise do mercado de trabalho e do rendimento médio da classe trabalhadora. Eis que a análise da realidade concreta dessa figura jurídica necessita de aproximações ao contexto onde está inserida.

O objetivo do presente artigo é apresentar os impactos do trabalho intermitente no mercado de trabalho brasileiro analisando os reflexos na sua remuneração e utilização da força de trabalho. Este estudo terá como base o método materialista histórico-dialético como caminho para auxiliar na compreensão do tempo presente, desenvolvendo sempre que possível aproximações em busca de identificar a essência dessa modalidade de trabalho.

As ferramentas utilizadas são a análise de documentos como legislações e instruções normativas, pesquisa bibliográfica e análise de dados do DIEESE, FEE, FGTAS, IBGE e IPEA, tendo como marco a última

1 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Advogado. Mestre e Doutorando em Serviço Social pela PUCRS.

2 Advogada. Mestre em Direitos Humanos. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela FEMARGS. Especialista em Direito Público pela PUCRS. Especializanda em LGPD, Compliance e Prática Trabalhista.

década, período de intensificação da exploração do trabalho no país, em especial o período posterior ao ano de 2017, momento em que a reforma trabalhista entra em vigor. introduzindo o contrato de trabalho intermitente.

O artigo está dividido em 3 itens. No primeiro, apresenta-se o conceito e as peculiaridades do trabalho intermitente nos termos propostos pela legislação; no segundo item o mercado de trabalho brasileiro é analisado em suas múltiplas expressões, com destaque aos índices de desocupação, subutilização, informalidade e desalento; já o terceiro item analisa os dados quantitativos do trabalho intermitente e o contexto do mercado de trabalho a que se coloca. Por fim, apresentam-se breves considerações finais provisórias.

2. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017), a Reforma Trabalhista, insere no ordenamento jurídico brasileiro o contrato de trabalho intermitente. O discurso propagado para aprovação da Reforma Trabalhista é modernizar e atualizar as relações trabalhistas.

A justificativa dos congressistas ao propor a inclusão do contrato de trabalho intermitente é a criação de mais de 2 milhões de empregos em dois anos da publicação da norma (JUNIOR, 2017) e seu parecer técnico justificava que seriam capazes de gerar 14 milhões de novos postos de trabalho formais em até 10 anos – isso sem contar com a formalização dos empregos informais já existentes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

Só que, em 2018, havia 62 mil vínculos intermitentes ativos e, em 2019, foram contratados mais 168 mil vínculos (121 mil ativos até o final

do ano), o que corresponde, à época, a 0,33% do estoque total de vínculos formais ativos. Já os dados até outubro de 2020 indicavam 210 mil vínculos intermitentes, o que corresponde a 0,44% do total de vínculos formais. E, em média, o vínculo fica ativo durante seis meses, com três meses de espera e o mesmo período de trabalho efetivo (DIEESE, 2020). Os números mostram que, até então, não foram criadas as vagas de emprego formal esperadas e, as que foram geradas, em sua média, são por pouco tempo, dados que esvaziam o principal argumento de sua justificação.

O conceito de contrato de trabalho intermitente é legal e está prescrito na CLT, a qual prevê:

> Art. 443. [...] § 3º. 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, 1943).

O contrato de trabalho intermitente define-se como aquele que, mesmo subordinado, a prestação de serviços não se dá de forma contínua, podendo ser alternada por horas, dias ou meses. Entretanto, o legislador não definiu quando se dá a jornada de trabalho, possibilitando alternância e total ausência de regularidade da prestação de serviços por parte do empregado, mesmo que ainda mantido o vínculo empregatício.

Caracteriza a precariedade do trabalho, porque o empregado não tem previsibilidade em sua relação, ficando à disposição de um (ou mais de um) determinado vínculo, sem qualquer garantia de que será

chamado para o trabalho. Por conseguinte, não há garantia de remuneração mínima, porque só irá receber proporcionalmente ao trabalho que prestar, o que vem afrontar o princípio da dignidade humana – art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pois a norma jurídica que o prevê coloca o trabalhador numa condição de mero objeto, como ferramenta, equipamento, maquinário, à disposição da atividade econômica empresarial. Esse rebaixamento de status civilizatório contraria, ao mesmo tempo, a vedação de tratamento desumano (art. 5º, III) e a finalidade constitucional do direito do trabalho da melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*).

Entretanto, o contrato de trabalho intermitente não é novidade para o Direito do Trabalho. Isso porque, quando a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) fala dos ferroviários, prevê a figura do *extranumerário* – art. 244, § 1º, da CLT (BRASIL, 1943), assim como a Lei do Trabalho Rural – art. 14, parágrafo único, da Lei nº 5.889/1973 (BRASIL, 1973) – estabelece o trabalho intermitente.

E, antes da regulação da figura contratual, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) analisava figura similar – o contrato de jornada móvel e variável, o qual não é permitido, pois violaria o direito humano da justa remuneração, consolidado também em Orientação Jurisprudencial do TST[3]. Em realidade, o contrato de trabalho intermitente "[...] busca romper com dois direitos e garantias jus

3 "**358. SALÁRIO-MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016.** 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. II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário-mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal." (BRASIL, 2017).

trabalhistas importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário" (DELGADO e DELGADO, 2018, p. 162).

O contrato de trabalho intermitente não atualiza nem moderniza as relações de trabalho. Na verdade, é consenso o crescimento e valorização de ideais neoliberais[4]. Assim, o objetivo é flexibilizar, reduzir os custos empresariais e maximizar a extração de mais-valia:

> Estas reformas foram apresentadas em um modelo similar ao feito em outros países, onde ocorreu a desconstrução da regulamentação pública e uma tendência de flexibilização e de redução da proteção social e da negociação coletiva, nos seguintes aspectos: (1) flexibilização e redução do poder do Estado e dos sindicatos em influir na definição das relações de trabalho, em uma perspectiva de fortalecer a descentralização das negociações no âmbito do local de trabalho; (2) ampliação dos contratos atípicos (por tempo parcial, temporários, intermitentes, especiais para alguns segmentos), combinados com redução dos custos e maiores facilidades às empresas dispensarem; (3) "despadronização" da jornada de trabalho, diferenciando-a por segmento econômico, empresa e setor de trabalho; (4) remuneração variável, em que o pagamento fica vinculado ao resultado obtido pela empresa, pelo coletivo

4 Por neoliberalismo entende-se o movimento político e teórico de contraposição às concepções políticas e econômicas baseadas no keynesianismo e na intervenção do Estado na economia, predominantes no Pós-II Guerra. Como corrente de pensamento fundamenta-se na ideia de que a sociedade se assenta na liberdade dos indivíduos e no funcionamento dos mercados e como movimento político desdobrou-se "na formulação de um conjunto de políticas e de redefinições do papel do Estado, na perspectiva de construir uma sociedade autorregulável pelo mercado" (KREIN, 2011, p.245). Essa doutrina influenciou fortemente as reformas no mundo do trabalho em vários países desde a década de 1970 (no Brasil teve influência especialmente desde os anos de 1990, nos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso), apresentando duas dimensões principais: a) a compreensão do trabalho como expressão da liberdade dos indivíduos, que inclui a busca por sobrevivência e/ou de sua realização humana por meio do trabalho, baseada na meritocracia; b) em contraposição a regulação social do trabalho construída nas sociedades ocidentais pelo Estado de Bem Estar Social propõe um conjunto de políticas de desregulamentação do mercado de trabalho, de diminuição da proteção social, de flexibilização de direitos trabalhistas e redefinição do papel dos sindicatos (KREIN, 2011). Para essa corrente, a excessiva regulação do Estado e o "poder excessivo e nefasto dos sindicatos" (sic) seriam responsáveis pela perda do dinamismo econômico (ANDERSON, 1996). (PICOLOTTO; LAZZARETTI; HÜBNER, 2020, p. 115.)

> e até pelo trabalhador individual; (5) redução da proteção social, especialmente com alterações no seguro desemprego e na previdência social. (HARVEY, 1992; ALVES, 2000; 2011; 2017; ADASCALIETI e MORANO, 2016; ANTUNES, 2013; 2019; KREIN, 2018; BIAVASCHI e TEIXEIRA, 2018; GALVÃO e TEIXEIRA, 2018). (PICOLOTTO; LAZZARETTI; HÜBNER, 2020, p. 115).

Em realidade, a informalidade e precarização das relações de trabalho vêm se tornando regra em diversas partes do mundo com o crescimento de várias modalidades de trabalho que ampliam as formas geradoras de valor ainda que assumam uma aparência de não valor. Como exemplo, o *zero hour contract,* modalidade similar ao contrato intermitente no Reino Unido, onde os trabalhadores ficam à disposição, esperando serem chamados, ganhando estritamente pelo trabalho realizado (ANTUNES, 2018).

A partir disso, o contrato intermitente demonstra atecnia e violação a direitos sociais fundamentais e, mais importante, ao direito humano da justa remuneração, ponto que este artigo busca analisar a partir de uma análise do mercado de trabalho brasileiro.

3 O CENÁRIO DO MERCADO DE TRABALHO

A figura do contrato de trabalho intermitente é inserida dentro de um contexto muito além do próprio contrato, que expressa as múltiplas determinações de prestação de serviço, tanto com vínculo formal quanto à informalidade, razão pela qual é importante observar-se o cenário do mercado de trabalho brasileiro para se entender os impactos do trabalho intermitente.

Historicamente, o mercado de trabalho brasileiro é marcado pela forte presença da informalidade, e, mesmo em períodos de crescimento

econômico, os reflexos no mercado formal foram pouco significativos, o que se observa ao analisar o período entre a década de 1990 e os anos 2000, onde a participação no mercado de trabalho formal caiu 8% (de 53% para 45%), momento em que houve a eliminação de 3,3 milhões de postos de trabalho formal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, s/d).

Entretanto, a exceção se deu entre os anos de 2003 e 2014, onde foi possível observar um crescimento do emprego e um processo de formalização do trabalho no país (MANZANO e KREIN, s.d.). Em termos comparativos, entre os anos de 2003 e 2014 foram criadas 14.725.039 vagas de empregos formais contra 10,4 milhões nos 15 anos anteriores (de 1988 a 2002) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, s/d).

Do ponto de vista quantitativo, a partir de 2015 a geração dos postos de trabalho no país diminuiu, assim como a qualidade das vagas piorou a partir desse ano, em análise dos rendimentos e informalidade do trabalho (IPEA, 2016a). A época, as taxas de desemprego estavam em 8,50%, valor superior aos 6,80% de 2014 (IPEA, 2016,b).

A evolução das taxas de desocupação[5], subutilização[6] e subocupação[7] mostram índices crescentes a partir desse ano, tanto no Brasil, quanto no Rio Grande do Sul e em Porto Alegre:

5 Os dados do desemprego aparecem como "desocupação". O desemprego, de forma simplificada, se refere às pessoas com idade para trabalhar (acima de 14 anos) que não estão trabalhando, mas estão disponíveis e tentam encontrar trabalho. Por sua vez, a taxa de desemprego é a porcentagem de pessoas na força de trabalho que estão desempregadas (IBGE, 2020).

6 Os subutilizados são divididos em três grupos. O primeiro é o dos desocupados, ou desempregados, que procuram, mas não encontram vagas com ou sem carteira assinada. O segundo contempla os subocupados, que realizam atividades de menos de 40 horas por semana, como os populares bicos. Por fim, a terceira parcela é descrita como força de trabalho potencial. Engloba pessoas que chegaram a buscar empregos, mas não estavam disponíveis para atuar por diferentes motivos, além de profissionais desalentados que desistiram da procura por novas oportunidades (VIECELI, 2020).

7 Os subocupados por insuficiência de horas trabalhadas são os que têm jornada de trabalho inferior a 40 horas semanais, mas gostariam de trabalhar mais horas e estão disponíveis para trabalhar (IBGE, 2020).

Cenário do Mercado de Trabalho no Brasil, Rio Grande do Sul e POA

Especificações	Unidade Federativa	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
taxa de desocupação e subutilização da força de trabalho (+ 14 anos)	Brasil	7,2	7,9	10,9	13,7	13,1	12,7	12,2
	Rio Grande do Sul	5,4	5,6	7,5	9,1	8,5	8	8,3
	Porto Alegre	5,9	8,7	10,7	12,1	...	...	...
taxa de desocupação e de subocupação por insuficiência de horas trabalhadas (+ 14 anos)	Brasil	11,8	12,7	15	18,8	19	19,1	18,4
	Rio Grande do Sul	9,2	9,7	11,2	13,2	12,8	12,8	13,2
	Porto Alegre	...	...	...	...	...	...	...
taxa de subutilização da força de trabalho (+ 14 anos)	Brasil	15,5	16,6	19,3	24	24,6	25	24,4
	Rio Grande do Sul	11,5	12	14,1	15,9	15,5	15,5	15,9
	Porto Alegre	...	...	...	...	...	...	...

Fonte: IBGE (2020); FEE (2018); FGTAS (2018).

Nota: Os dados do BRASIL e do Rio Grande do Sul tiveram como base o IBGE, enquanto os números de Porto Alegre foram embasados em pesquisas realizadas pela FEE e FGTAS, de tal maneira que podem apresentar pequenas variações, pois as pesquisas foram desenvolvidas utilizando critérios distintos.

O que se percebe é que a taxa de desocupação da cidade de Porto Alegre apresenta números de desemprego maiores do que a média encontrada no Estado do Rio Grande do Sul e curva crescente a partir de 2014, seguindo a tendência nacional. Em termos comparativos, o desemprego teve pequena redução a partir de 2017 até o ano de 2019, passando de 13,7% para 12,7%; entretanto, a redução se justifica porque, no mesmo período, houve elevado aumento nos índices de subutilização, passando de 19,3% a 25%, dados que mostram o crescimento da subutilização da força de trabalho no país mesmo após a Reforma Trabalhista que teria sido implementada sob a promessa de geração de vagas de trabalho.

Em termos regionais, os números de subutilização já estavam elevados em 2019, quando 1,027 milhões de trabalhadores tinham parte sua força de trabalho ocupadas de forma insuficiente, o que corresponde a uma alta de 7,9% em relação a igual período de 2018, com o acréscimo de

75 mil pessoas (VIECELI, 2020). No mesmo período, o número de desempregados teve aumento de 54 mil novos integrantes, totalizando 540 mil pessoas. A força de trabalho potencial também cresceu. Frente ao terceiro trimestre de 2018, registrou elevação de 12,1%, para 204 mil pessoas. Isso significa que, em 12 meses, 22 mil entraram nessa parcela. Já os subocupados passaram de 285 mil para 283 mil, com um recuo de 0,7% (VIECELI, 2020).

Esse mercado de trabalho fragilizado veio a sofrer retração econômica de 4,1% do PIB brasileiro no ano de 2020, fruto da pandemia da Covid-19, que intensificou a crise econômica mundial, o que provocou aumento ainda maior das taxas de desemprego e queda na renda dos trabalhadores. Em dados quantitativos, o PIB atingiu menor índice dos últimos 25 anos (IBGE, 2020).

Mantendo o crescimento das taxas de desocupação crescente, intensificado pela diminuição econômica, o país apresentava, no primeiro trimestre de 2020, a marca de 12,9 milhões de desempregados (11,9% da população), além de 24,4% de subutilização (IBGE, 2020). Comparativamente, no segundo trimestre de 2021 o país alcançou o índice de 14,4 milhões de desempregados (14,1% de taxa de desocupação), aumento de 1,2% em relação ao ano anterior. Além desses, 5,6 milhões de pessoas desalentadas, ou seja, já desistiram de procurar emprego.

O desemprego faz parte do mercado de trabalho na sociedade capitalista, tendo em vista que esse modelo acaba por criar uma massa de trabalhadores desocupados, na medida em que a procura pela força de trabalho é regulada pela circulação de mercadorias. Assim, a população trabalhadora excedente é necessária ao desenvolvimento e à acumulação, cada vez mais essencial ao processo, já que

> [...] constitui um exército industrial de reserva disponível, que pertence ao capital de maneira tão absoluta como se ele o tivesse criado por sua própria conta. Ela fornece a suas necessidades variáveis de valorização o material humano sempre pronto para ser explorado, independente dos limites do verdadeiro aumento populacional. (MARX, 2011, p. 707).

Esse processo de crescimento da ociosidade de trabalho, além de aumentar a disponibilidade ao trabalho precário e flexível, faz com que haja uma diminuição cada vez maior da remuneração dos trabalhadores, na medida em que mais profissionais estão disponíveis no mercado de trabalho, em tempo integral ou para trabalho em tempo parcial.

4 O RENDIMENTO MÉDIO DO TRABALHADOR BRASILEIRO

No primeiro semestre de 2012 o rendimento médio do trabalhador brasileiro era de R$ 2.314,00 (dois mil trezentos e quatorze reais), o que corresponde a 3,72 salários-mínimos vigentes (naquele ano o salário-mínimo era de R$ 622,00). Nessa época, o salário-mínimo do DIEESE era de R$ 2.295,58 (dois mil duzentos e noventa e cinco reais com cinquenta e oito centavos) ou seja, 3,69 vezes maior que o arbitrado a época e R$ 18,42 (dezoito reais com quarenta e dois centavos) inferior ao rendimento médio, diferença essa pouco expressiva, razão pela qual se pode concluir que no ano de 2012 o rendimento médio dos trabalhadores era equivalente ao salário-mínimo do DIEESE.

No primeiro trimestre de 2020, ou seja, antes dos impactos da pandemia, o rendimento médio do trabalhador brasileiro era R$ 180,00 (centro e oitenta reais) superior àquele de 2012, o que perfectibiliza R$ 2.494,00 (dois mil quatrocentos e noventa e quatro reais). Só que, em 2020, tendo como referencial o salário de R$ 1.045,00 (hum mil e

quarenta e cinco reais) aplicado a época, o rendimento médio corresponde a 2,38 salários (IBGE, 2021a e 2021b).

No segundo trimestre de 2020, primeiro levantamento pós-pandemia, o rendimento médio do trabalhador subiu para R$ 2.693 (dois mil seiscentos e noventa e três reais), o que corresponde a um aumento de 199,00 (cento e noventa e nove reais) em um único trimestre (IBGE, 2021a).

Esse movimento de crescimento do desemprego com consequente aumento do rendimento médio dos ocupados demonstra que as dispensas ocasionadas pela pandemia começaram pelos trabalhadores com menor remuneração, geralmente os que trabalham em situação de maior vulnerabilidade, cenário que dá margem a uma falsa interpretação de que o rendimento médio esteve aumentando de forma a propiciar melhorias nas condições de vida da população em geral.

No mesmo período em 2021, o país apresenta um rendimento médio de R$ 2.515,00 (dois mil quinhentos e quinze reais), média que corresponde a 2,28 salários-mínimos. Entretanto, é R$ 178,00 (cento e setenta e oito reais) a menos do que o encontrado um ano antes. Ou seja, mesmo que o aumento do rendimento médio não tenha sido expressivo ao longo dos anos, após a pandemia os trabalhadores vêm perdendo poder de compra (o último levantamento é só R$ 200,00 – duzentos reais – a mais do que em 2012).

No segundo trimestre de 2021, onde 30,2 milhões de brasileiros (34,4% dos trabalhadores) recebem até um salário-mínimo vigente (IBGE, 2021b), ou seja, praticamente 1 a cada 3 trabalhadores recebe no máximo o rendimento base, números que vem crescendo após o início da pandemia.

Considerando o valor da cesta básica de alimentos, segundo dados do DIEESE, o valor do salário-mínimo deveria ser de R$ 5.886,50 (cinco mil oitocentos e oitenta e seis reais com cinquenta centavos), ou seja, 5,35 vezes maior do que os atuais R$ 1.100,00 (hum mil e cem reais (DIEESE, 2021b). Ao mesmo tempo o valor é R$ 3.371,50 (três mil trezentos e setenta e um reais com cinquenta centavos) superior ao rendimento médio do mesmo período. Assim, se em 2012 o rendimento médio era equivalente ao mínimo do DIEESE, atualmente a média remuneratória é menos da metade do que esse (42,72%).

Especificamente aos trabalhadores por conta própria quase 48% ganham menos que um salário-mínimo por mês, e apenas 7% têm renda superior a R$ 4.000. Nos estratos intermediários, 30% têm renda entre R$ 1.001 e R$ 2.000, e, 15%, entre R$ 2.001 e R$ 4.000 (MICK e NOGUEIRA, 2021).

Dados que permitem perceber que, ainda que a média remuneratória do trabalho formal seja pequena (2,28 salários-mínimos em média), o trabalho informal apresenta um contingente de trabalhadores com menor remuneração, pois quase a metade ganha menos que um salário e somente 15% ganha entre 1,81 e 3,63 salários.

Ainda há uma diferença de raça e gênero, na medida em que mulheres negras ganham menos do que brancas e homens. Entre os que recebem entre R$ 2.001 e R$ 4.000, os homens brancos ocupam quase todas as posições; na faixa salarial de até R$ 500, quase todas as ocupações são exercidas pela população negra. Essa predominância, em menor escala, repete-se nas faixas até R$ 2.000; já entre aqueles que recebem acima de R$ 4.000, a diferença racial fica mais evidente: homens brancos têm predominância em atividades agrícolas, enquanto mulheres brancas são hegemônicas na psicologia; já em atividades

relacionadas ao cuidado do corpo, produção de roupas e alimentos, as mulheres negras ocupam maior número; a construção civil e os transportes, por sua vez, têm predominância de homem negro (MICK e NOGUEIRA, 2021).

Os dados quantitativos apresentados deixam claro que o contingente dos trabalhadores brasileiros vem perdendo poder de compra ao longo dos anos, processo que tende a se intensificar pós-pandemia, principalmente aqueles que não possuem garantias de uma jornada integral, como é o caso dos trabalhadores intermitentes.

5 O RENDIMENTO DO TRABALHADOR INTERMITENTE

Entre os requisitos do trabalho intermitente está a necessidade de um contrato escrito e a obrigatoriedade de constar o valor da hora trabalhada, respeitando valor horário do salário-mínimo ou os demais funcionários da empresa na mesma função (art. 452-A da CLT). Tem-se aqui uma das principais casuísticas do trabalho intermitente: a remuneração do empregado somente pelo período que efetivamente foi convocado a trabalhar.

O que vem a se evidenciar em seus dados quantitativos:

> [...] 22% dos vínculos intermitentes não geraram trabalho ou renda em 2019; 52%dos vínculos ativos em dezembro não registraram nenhuma atividade naquele mês; ainda em dezembro, a remuneração foi inferior a um salário mínimo em 44% dos vínculos intermitentes que registraram trabalho; ao final de 2019, a remuneração mensal média dos vínculos intermitentes foi de R$ 637, o que equivalia a 64%do valor do salário mínimo naquele ano; o número de contratos intermitentes representou 0,13%do estoque de empregos formais em 2018, 0,33%, em 2019, e 0,44%, em 2020. (DIEESE, 2020, p. 1).

O que se percebe é que parcela significativa dos trabalhadores intermitentes, quase 1/5, não recebeu qualquer renda em 2019, ou seja, não foi chamado a trabalhar no período (em 2018, 11% dos vínculos não teve renda (DIEESE, 2020), ou seja, o número de contratos ociosos aumentou no período). E, mesmo em dezembro daquele ano, mês de grande movimento e demanda por trabalho temporário junto ao comércio lojista, mais da metade dos vínculos não registraram qualquer atividade. Dados que justificam o impacto na renda dos trabalhadores e o elevado número de trabalhadores (64%) recebendo abaixo de um salário-mínimo no ano.

O que é intensificado pela característica da norma, pois coloca o trabalhador inteiramente à disposição, aguardando, sem remuneração, ser chamado pelo empregador. Enquanto não for convocado, não recebe. E, quando chamado para executar algum serviço, a renda é proporcional às horas efetivamente trabalhadas.

Mantendo o vínculo de emprego e sendo o trabalhador remunerado somente pelo período em que, por total conveniência do empregador, for "escolhido" para o trabalho, do que viverá no período de inatividade? Estará fadado ao trabalho informal? Haverá que se sujeitar a inúmeras intermitências, de empregadores distintos, para conseguir compor a renda mensal?

A manutenção da vida se dá de forma contínua, diária, pois todos precisam de um lugar para dormir, comer, manutenção da família, não dando amparo a legislação a qualquer expectativa de uma mínima (sobre)vida por parte do empregado intermitente.

Imagine-se a angústia daquele que, na expectativa (ou seria esperança?) de ser convocado ao trabalho vê faltar o dinheiro para a comida de sua família. Qual a alternativa em um mundo onde os trabalhadores

ficam aguardando um chamado ao trabalho? Não parece haver muitas além da informalidade ou marginalidade.

Justamente por entender ser inviável o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas é que o Enunciado n. 73 da ANAMATRA trouxe um dos argumentos para a alegação de inconstitucionalidade:

> A pretensão da Lei nº 13.467/2017 no tocante à remuneração do contrato de trabalho intermitente é inconstitucional, ao prever o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas, ressignificando o conceito de tempo de trabalho. Isso porque, a ausência de garantia de jornada e, por conseguinte, de salário não garante a subsistência do trabalhador e de sua família com pagamento do salário-mínimo mensal constitucional (art. 7º, IV e VII) nem o acesso a direitos sociais como trabalho, moradia, alimentação, saúde, segurança (art. 6º, caput). Além disso, ao transferir ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego, os riscos da atividade econômica, atenta também contra a valorização social do trabalho e a função social da propriedade (artigos 1º, IV; 170, caput; 5º, XXIII; 170, III). (ANAMATRA, 2018).

Haverá máxima extração de mais valia, pois o empregador, que detém os meios de produção, passará a remunerar o empregado apenas pelo trabalho realizado, pagando o repouso semanal em sua proporcionalidade ao trabalho realizado. Imagine-se a proporção do repouso daquele que não completou uma semana de labor, assim, seu "período gratificado de descanso" terá sido na mesma proporção do que efetivamente laborado, podendo ser de apenas poucas horas, eis que a legislação é clara ao dispor que o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador.

O próprio pagamento "antecipado" das férias ao final de cada período de prestação de serviços previsto no inciso II do § 6º (BRASIL, 1943) é um anacronismo, eis que o trabalhador, ao receber de forma

descontinuada, usará as expensas para manutenção de sua família e não as poupará para período posterior de férias anual, o que, ao fim e ao cabo, acabará com o período de gozo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista incluiu, no texto da CLT, a figura jurídica do contrato de trabalho intermitente, sob a justificativa que seria necessário "modernizar" as normas trabalhistas e que essa modalidade iria criar milhões de vagas de emprego, o que não se concretizou até o presente momento. Inobstante ter sido justificada como uma novidade, a intermitência do trabalho já era autorizada em algumas categorias profissionais e presente em outros países.

Mas a figura do contrato de trabalho intermitente, o qual possibilita um contrato formal que produz efeitos só quando o trabalhador é convocado para a atividade profissional, é inserida em um contexto do mercado de trabalho historicamente marcado por altos índices de informalidade, desocupação e subutilização da força de trabalho disponível. Ainda agrava o atual cenário a retração econômica do PIB brasileiro que, desde 2020, em virtude da pandemia da Covid-19 intensificou ainda mais as fragilidades do emprego no país.

Tal cenário de precária utilização da força de trabalho reflete no rendimento médio do trabalhador brasileiro que, de 2012 a 2020, pouco mudou, eis que se mantém quase nos mesmos patamares, inclusive diminuindo a sua proporção em relação ao salário-mínimo. E, pós-pandemia, a perda do poder de compra do trabalhador brasileiro vem se intensificando ainda mais. Numerários que ficam muito aquém do

referencial do DIEESE que, minimamente, reflete os dados da cesta básica de alimentos.

Os trabalhadores por conta própria, parcela que está disponível a manter o trabalho autônomo de forma concomitante ao vínculo intermitente, tem parcela significativa que ganha menos que o salário-mínimo. De tal maneira que se pode concluir que, ainda que a média remuneratória do trabalho formal seja pequena em relação ao salário-mínimo, pouco mais de duas vezes, o trabalho informal apresenta um contingente de trabalhadores com menor remuneração. Além disso, à giza de consideração, há uma diferença de raça e gênero, com mulheres negras ganhando menos que brancas e homens.

O frágil mercado de trabalho e a baixa remuneração passa a contar com uma modalidade de trabalho que não garante o mínimo de horas a serem laboradas a cada mês, o que causa grande insegurança aos trabalhadores que acabam por se sujeitar a essa figura jurídica. Não tendo sua jornada fixada, tampouco garante uma remuneração básica para os mais de 210 mil vínculos ativos dessa modalidade em 2020, que correspondem a 0,44% do número total de vínculos.

De tal maneira que parcela significativa dos trabalhadores intermitentes, quase 1/5, não recebeu qualquer renda em 2019, dado que vem se intensificando se comparado aos anos anteriores e tende a aumentar ainda mais após a pandemia. A característica da norma jurídica, que deixa o trabalhador inteiramente à disposição, na expectativa de ser chamado, favorece o baixo rendimento dessa modalidade que acaba por remunerar somente o trabalho efetivamente realizado. Ante as características do trabalho em solo brasileiro, o trabalho intermitente vem a fragilizar ainda mais o precário mercado de trabalho, considerando que não garante mínimo remuneratório, nem mesmo a garantia de qualquer

valor, atentando à sua dignidade, eis que não possibilita a certeza de um mínimo existencial à sua manutenção.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Reforma Trabalhista**. Enunciados Aprovados. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – CONAMAT (2018). Brasília, 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 27 nov. 2021.

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

BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5889.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Justiça do Trabalho. Resolução nº 220 de 18 de setembro de 2017. Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/guest/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/id/355330?_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_1N7k_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%3A443%2Fweb%2Fguest%2Fojs%3Fp_p_id%3Dcom_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_1N7k%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_1N7k_cur%3D0%26p_r

__p__resetCur%3Dfalse%26__com__liferay__asset__publisher__web__portlet__AssetPublisherPortlet__INSTANCE__1N7k__assetEntryId%3D355330. Acesso em: 27 nov. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Gestões anteriores – Michel Temer – 2009 a 2010**: emprego: a herança bendita de Lula. S.d. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/a-camara/presidencia/galeria-presidentes/michel-temer-2009-2010/artigos/emprego-a-heranca-bendita-de-lula Acesso em: 30 set. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 6.787/2016**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076 Acesso em: 24 nov. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil** – com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Boletim Emprego em Pauta**: 1 Número 17 - dezembro de 2020. 2 Contratos intermitentes continuam na gaveta. Disponível em: https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmPauta17.html. Acesso em: 24 nov. 2021.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Pesquisa nacional da cesta básica de alimentos**: salário-mínimo nominal e necessário. 2021a. Disponível em: https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html. Acesso em: 15 nov. 2021.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Salário-mínimo**: pela manutenção da valorização! Nota Técnica 218. 2021b. Disponível em https://www.dieese.org.br/notatecnica/2019/notaTec218SalarioMinimo.html Acesso em 15 de novembro de 2021.

FEE – Fundação de Economia e Estatística. **Desempenho do mercado de trabalho da região metropolitana de Porto Alegre em 2017**. 27 fev. 2018. Disponível em: https://pt.slideshare.net/feers/desempenho-do-mercado-de-trabalho-da-regio-metropolitana-de-porto-alegre-em-2017. Acesso em: 4 dez. 2020.

FGTAS – Fundação Gaúcha de Trabalho e Ação Social. **Pesquisa de emprego e desemprego na região metropolitana de Porto Alegre 2018**. 2018. Disponível em: https://fgtas.rs.gov.br/pesquisa-de-emprego-e-desemprego-na-regiao-metropolitana-de-porto-alegre-2018. Acesso em: 4 dez. 2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNAD Contínua** – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. 2021. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=31478&t=destaques. Acesso em: 19 nov. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Produto Interno Bruto a preços de mercado**: taxa acumulada. 2020. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pib#evolucao-taxa. Acesso em: 27 nov. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Séries históricas e estatísticas**. [ca. 2019]. Disponível em: https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122. Acesso em: 3 fev. 2020.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Desafios da mobilidade urbana no Brasil**. Brasília: IPEA, 2016a.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estudo aponta diminuição nos postos de trabalho em 2015**. 10 maio 2016b. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27713. Acesso em: 16 dez. 2020.

JUNIOR, Janary. **Ministro diz que novos contratos de trabalho vão gerar 2 milhões de empregos**. Agência Câmara de Notícias, 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/524979-ministro-diz-que-novos-contratos-de-trabalho-vao-gerar-2-milhoes-de-. Acesso em: 24 nov. 2021.

MANZANO, Marcelo e KREIN, André. **A pandemia e o trabalho de motoristas e de entregadores por aplicativos no Brasil**. [S.d.]. Disponível em: https://www.cesit.net.br/a-pandemia-e-o-trabalho-de-motoristas-e-de-entregadores-por-aplicativo-no-brasil/. Acesso em: 1 ago. 2020.

MARTELLO, Alexandro; SANT'ANA, Jéssica. **Governo revê estimativa de inflação, e salário mínimo em 2022 pode subir para R$ 1.200**. Portal G1, 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/10/31/governo-reve-estimativa-de-inflacao-e-salario-minimo-em-2022-pode-subir-para-r-1200.ghtml. Acesso em: 15 nov. 2021.

MARX, Karl. **O capital**. Livro 1. São Paulo: Boitempo, 2011.

MÁXIMO, Weltton. **Agência Brasil explica**: como é calculado o salário mínimo: Constituição obriga a preservar poder de compra. Agência Brasil, 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-12/agencia-brasil-explica-como-e-calculado-o-salario-minimo#. Acesso em: 15 nov. 2021.

MELO, Frederico. **Salário-mínimo valorizado**: a conquista de um limite à super-exploração das pessoas que vivem do trabalho. Escola 7, 2016. Disponível em: http://www.escola7.org.br/ponto-de-vista/artigos/21/salario-minimo-valorizado-a-conquista-de-um-limite-a-super-exploracao-das-pessoas-que-vivem-do-trabalho. Acesso em: 15 nov. 2021.

MICK, Jacques e NOGUEIRA, João Carlos. **Nas dobras da precariedade**: Desigualdades regionais, de gênero, raça e classe no trabalho "por conta própria" no Brasil - um olhar para a PNAD Contínua. Universidade Federal de Santa Catarina, 2021. Disponível em: https://fpabramo.org.br/wp-content/uploads/2021/07/NasDobras daPrecariedade.pdf. Acesso em: 19 nov. 2021.

PARTIDO DOS TRABALHADORES. **Ao contrário de Bolsonaro, PT garantiu 74,33% de ganho real para o salário-mínimo**. 15 jan. 2021. Disponível em: https://pt.org.br/ao-contrario-de-bolsonaro-pt-garantiu-7433-de-ganho-real-para-o-salario-minimo/. Acesso em: 15 nov. 2021.

PICOLOTTO, Everton; LAZZARETTI, Mateus; HÜBNER, Mikaela Fabiana. Reformas neoliberais no mundo do trabalho no pós-impeachment de 2016: atores, argumentos e alguns resultados. **Revista Eletrônica Interações Sociais** – REIS, Rio Grande, v. 4, n. 1, p. 109-125, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/CLARISSA/Downloads/11216-Texto%20do%20artigo-38344-1-10-20201124.pdf. Acesso em: 27 nov. 2020.

VIECELI, Leonardo. **Quantidade de trabalhadores subutilizados no RS é recorde**. GZH, 10 jan. 2020. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2020/01/quantidade-de-trabalhadores-subutilizados-no-rs-e-recorde-ck5bqpxfe03e801odcxv8smfg.html. Acesso em: 9 jun. 2020.

3

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO E DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL PELA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DOUTRINÁRIA, LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Rodrigo Wasem Galia [1]
Paulo José Libardoni [2]

1. INTRODUÇÃO

O assédio moral caracteriza-se como um atentado à dignidade do trabalhador, ferindo, portanto, princípios constitucionais e universais, além de atingir os direitos do empregado, tais como, a privacidade, honra, integridade física e psíquica, boa fama, reputação etc., gerando

1 Pós-Doutor em Direito pela PUCRS (2019). Doutor em Direito pela PUCRS (2016). Mestre em Direito pela PUCRS (2004). Bacharel em Direito pela PUCRS (1999). Coordenador Científico da Comissão de Direito do Trabalho da ABA no Rio Grande do Sul. Professor Adjunto de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e de Direito Previdenciário do Curso de Direito da UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações de Trabalho e Sindicalismo (PUC/RS). Líder do Grupo de Pesquisa GPRETRADE (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa SAPERE AUDE (FDSM). Autor e co-autor de inúmeras obras jurídicas. Avaliador do Inep/ MEC na autorização de novos cursos de Direito no Brasil. Membro associado do IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil, sob a coordenação do Prof. Dr. Nelson Roosenvald. Palestrante e parecerista. E-mail: rodrigogalia@hotmail.com

2 Pós-Doutorando em Direito / Programa de Pos-Graduação em Direito (Direito do Trabalho) (PUC/RS/2021). Doutor em Sociologia (UFRGS/2016), Mestre em Desenvolvimento (UNIJUI/2007), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (FEMARGS/ FMP/2015) e Graduado em Direito (UNIJUI/2005). Bolsista 2010/2011 IPEA/PGDR/UFRGS; Bolsista Capes 2012/2016 PPGS/UFRGS. Membro da Comissão de Direito do Trabalho do Rio Grande do Sul (ABA/2020); Integrante do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico - NEATES (UFSC) Integrante do Grupo de Pesquisa Relações de Trabalho e Sindicalismo (PUC/RS); Líder do Grupo de Pesquisa GPRETRADE (UFSM); Integrante do Grupo de Pesquisa SAPERE AUDE (FDSM); Integrante dos Grupos de Pesquisa: Magistratura, Sociedade e Política (UFRGS); Integrante do Projeto Lazos América Latina (ONU/FAO/UFSM); Projeto Judicialização e novos direitos: um estudo sociológico em cidadania (UFPI). Docente nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito, Administração e Gestão Financeira; Áreas de atuação: Direito do Trabalho, Inteligência Artificial, Emprego, Desemprego, Renda. Direito Processual do Trabalho, Processo Eletrônico. Teoria Sociológica, Sociologia: Geral, Desenvolvimento, Jurídica, Trabalho e Rural. E-mail: libardoniadv@hotmail.com

graves consequências individuais e sociais, além de tornar-se nocivo à saúde do trabalhador e, sobretudo, ao meio ambiente do trabalho, não se olvidando que uma das obrigações do empregador é, justamente, propiciar ao empregado um ambiente de trabalho saudável.[3]

Não se pode olvidar que, além da CLT, que trata especificamente dos danos extrapatrimoniais (danos morais e existenciais), há tratados e convenções na esfera internacional os quais o Brasil é signatário, obrigando-o a adequar tais normas no seu direito interno, a exemplo da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, bem como os direitos sociais previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

É oportuno notar que as metas de produtividade abusivas, exigindo, sobremaneira, capacidade de resistência às pressões e qualificação técnica e profissional dos trabalhadores, os quais ficam sob a ameaça da perda de seus empregos. Não bastasse isso, as empresas praticam gestão de pessoal e de produção desconsiderando manifestamente a personalidade do empregado.

O texto é construído a partir da análise do aparato legal, com especial atenção as modificações criadas pela Lei 13.467/2017, adiciona-se a revisão bibliográfica quanto a compreensão dos conceitos e terminologias envolvidas no tema. Além disso, o artigo é enriquecido com a pesquisa empírica em dados secundários quando são analisados 50 processos trabalhistas julgados pela Tribunal Regional do Trabalho da 4º

3 É notório o avanço do instituto do dano moral ou dano extrapatrimonial no Direto do Trabalho brasileiro, tanto na doutrina, como na jurisprudência, com o aumento dos casos de incidência privilegiando a dignidade da pessoa humana, que constitui o fundamento de validade do Estado Democrático de Direito. A Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, veio apresentar um novo regramento, nesta temática, a partir do art. 223-A até o art. 223-G, incluindo em sua tutela o dano existencial conjuntamente com o dano moral: os chamados danos extrapatrimoniais.

região: 25 julgados em antes da reforma, os demais julgados após a reforma, buscando analisar e compreender os impactos do artigo 223-A, e sua eficácia nas demandas evolvendo dano extrapatrimonial.

Ao estabelecer os parâmetros das indenizações, o artigo 223-G da CLT classifica as ofensas, com base na gravidade do dano causado, em leve (até 3 vezes o último salário), média (até 5 vezes), grave (até 20 vezes) ou gravíssima (até 50 vezes). A mudança é objeto de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Anamatra (Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho) (ADI 6050), pelo Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) (ADI 6069) e pela CNTI (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria) (ADI 6082).

Conclui-se o presente artigo com a mais recente decisão do STF sobre o tema da quantificação (tarifação) do dano moral, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, ao julgar as ações diretas de inconstitucionalidade acima já referidas. Único a se manifestar no plenário do STF, o ministro-relator Gilmar Mendes votou pela procedência parcial das ADI (ações diretas de inconstitucionalidade), o que será explicado ao longo do texto. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Nunes Marques.

2. O NOVO PARÂMETRO PARA A DETERMINAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL COM O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA

O assédio moral trata-se de uma violação do contrato de trabalho por parte do empregador, uma vez que ele é quem ataca o trabalhador ou, em última análise, permite que terceiro sob sua responsabilidade o faça, gerando a responsabilidade civil do empregador por ação comissiva ou por ação omissiva, quando o ato for praticado por superior

hierárquico, haja vista que, a teor do artigo 932, III, do Diploma Civil, o empregador responde pelos atos de seus empregados que por ventura causem danos a terceiros.[4]

Enoque Ribeiro dos Santos apresenta, em seu livro, uma reflexão quanto ao critério para fixação do valor da reparação, com o objetivo de colaborar com debate acadêmico, doutrinário e jurisprudencial quanto à determinação do valor da reparação do dano moral individual, agora dano extrapatrimonial, pelo seu caráter subjetivo que conduz a maior dificuldade.[5]

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana sendo o valor de todos os outros valores constitucionalmente postos, deve ser utilizada, sempre, como balizamento para eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, ou mesmo para conformar o comportamento de quem quer que esteja, no caso concreto, ofendendo o Princípio Fundamental em questão, o qual é

4 Nesse sentido: "Ademais, há que se ressaltar que o assédio moral, além de caracterizar flagrante violação das obrigações contratuais do empregador, também caracteriza-se como um ato ilícito, posto que viola os direitos personalíssimos do empregado, bem como sua autoestima, produtividade, ocasionando, sobretudo, a sensação de incapacidade e inutilidade, refletindo, porquanto, no seu ganho e sustento, bem como no seu ambiente familiar e convívio social, acometendo-o, no mais das vezes, em depressão, conduzindo-o, certamente, ao desemprego e, em última análise, ao suicídio, conforme estatísticas apuradas em outros países onde o fenômeno se mostra presente". RAMOS, Luis Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wasem. **Assédio moral e cyberbullying no trabalho.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 25.

5 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 268-269.

flagrantemente violado e desrespeitado nos casos de assédio moral no trabalho.[6-7-8]

Conforme define Valentin Carrion:

> Dano moral é o que atinge os direitos da personalidade, sem valor econômico, tais como a dor mental psíquica, moral ou física. A Lei define como dano de natureza extrapatrimonial e admite para a pessoa natural/ física e para a pessoa jurídica. Para a pessoa natural/ física: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física, qualquer dano físico, moral ou psíquico que o ser humano possa vir a sofrer (art. 223-C). Pessoa jurídica: a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo de correspondência (art. 223-D). [9]

Entretanto, quando ocorre uma violação a esta especial natureza do ser humano, a denominada esfera imaterial, por ato ilícito ou abusivo (arts 186 e 187 do Código Civil de 2003) por outrem, será devida e necessária a reparação. [10] Nesse sentido, haverá a movimentação da máquina judiciária, não sendo permitido ao juiz não se pronunciar a respeito (princípio do *non liquet*), na fixação da justa reparação. Não havia na

6 SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 23.

7 Alexandre de Moraes, por seu turno, conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo: "[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos". MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21-22.

8 É notório que a honra, a dignidade, a intimidade, a vida privada de um ser humano não tem preço, que só as coisas são monetizadas, como já dizia Kant, pois a pessoa é um ser único, insubstituível, feito à imagem e semelhança de Deus, daí sua dupla natureza ou duplo patrimônio, um de índole material e outro imaterial ou extrapatrimonial.

9 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas:** legislação complementar, jurisprudência. Atualizado por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 226.

10 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas:** legislação complementar, jurisprudência. Atualizado por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 226.

esfera trabalhista critérios precisos de quantificação do dano extrapatrimonial até o advento da Lei da Reforma Trabalhista. [11]

Como aduz Enoque Ribeiro dos Santos:

> Portanto, é neste sentido que, em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias, consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa indenização ao caso concreto que se lhe apresente.[12]

O autor citado sugere que o valor mínimo da reparação por dano moral individual seja de cinco vezes a remuneração mensal do empregado ou R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sempre se considerando o maior entre esses dois parâmetros de aferição. Já a CLT fixa que na ofensa de natureza leve, a indenização seja de até três vezes o último salário contratual do ofendido, (art. 223-G, §1º, I). Já no que tange ao valor médio da reparação por dano moral individual, Enoque Ribeiro dos Santos sugere: o valor de dez vezes a remuneração mensal do empregado ou R$ 30.000,00 (trinta mil reais), considerando o maior entre esses dois parâmetros. Já a CLT fixa que na ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, II). No que concerne ao valor máximo de indenização por danos extrapatrimoniais, o citado autor sugere que o valor fique em aberto, ao livre-arbítrio do

11 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 268-269.

12 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 268-269.

magistrado e considerando a gravidade da ofensa, os danos morais e estéticos (cumulados) e as consequências da lesão. Por exemplo: se o ato ilícito ou abusivo do empregador levou à perda parcial da audição, o valor deve ser fixado entre R$ 50.000,00 e R$ 70.000,00, e em perda total entre R$ 80.000,00 e R$ 100.000,00, dependendo da situação econômica e financeira do ofensor. Já a CLT fixa que na ofensa de natureza grave, a indenização seja fixada em até vinte vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, III). Em caso de óbito do trabalhador, pelo caráter insubstituível da pessoa humana para sua família e por não existir dor mais profunda do que a perda de um ser querido, a indenização deve ser fixada no valor mínimo de R$ 300.000,00, sugere o doutrinador e jurista. A CLT, por seu turno, fixa que na ofensa de natureza gravíssima, a indenização seja fixada em até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, IV).[13-14]

Ainda, de acordo com a CLT, se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos para as pessoas físicas (empregado), mas em relação ao salário

13 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 268-269.

14 Como aduz Enoque Ribeiro dos Santos: "O arbitramento da indenização por dano moral deve considerar a gravidade do dano e a dimensão dos prejuízos sofridos, a capacidade patrimonial dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o caráter pedagógico da medida (arts. 5º, V e X da CF/88 e arts. 12, 186, 187 e 944, do Código Civil Brasileiro). Sem dúvida que a reparação pecuniária do dano moral deverá ser pautada pela força criativa da doutrina e da jurisprudência, devendo o magistrado, diante do caso concreto, considerar, em linhas objetivas, todos os detalhes e aspectos, às vezes colocando-se no lugar do lesante e do lesado, para fazer a subsunção do caso concreto à norma legal, postando-se muitas vezes como se psicólogo fosse, para fixar a indenização que se afigure mais justa no caso concreto. Embora o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 281 tenha fixado o entendimento no sentido de que: "A indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa", cremos que o estabelecimento de critérios objetivos, como ora proposto pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) promoverá uma parametrização do valor da reparação aos magistrados e aplicadores do direito, bem como uma maior previsibilidade e segurança jurídica aos atores sociais". SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista. Acesso em 05 de outubro de 2021.

contratual do ofensor – o empregado, nesse caso (art. 223-G, §2º). Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização (art. 223-G, §3º), caso em que a indenização tenha caráter além de indenizatório e repreensivo, educativo.[15]

Como referido em Enoque Ribeiro dos Santos:

> Certamente este artigo trata da parte mais tormentosa para os aplicadores do direito, especialmente os magistrados que deverão fixar o quantum satis da indenização, nos termos do art. 944 do Código Civil Brasileiro: Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. O problema que se afigura e que terá que ser aferido pelo magistrado no caso concreto é que a dignidade humana não é mensurável, não tem preço, possui um valor inestimável em

15 Art. 223-G da CLT: Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I. a natureza do bem jurídico tutelado;

II. a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III. a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV. os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V. a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI. as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII. o grau de dolo ou culpa;

VIII. a ocorrência de retratação espontânea;

IX. o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X. o perdão, tácito ou expresso;

XI. a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII. o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I. ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II. ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III. ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV. ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

> face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos. Em outras palavras, colocar todos na mesma balança. Exemplo: um diretor de uma grande empresa, com remuneração elevada, certamente terá uma indenização muito superior a um operário que labora no chão de fábrica, com remuneração muito inferior. Será que a dignidade do diretor é superior axiologicamente à dignidade do operário? Em termos de indenização pela ocorrência do dano extrapatrimonial, o valor pecuniário da indenização do diretor se apresentará muito superior à do operário, ensejando uma situação de não equidade, como se a dignidade do operário fosse considerada de segunda linha. Mas este é apenas um dos inúmeros percalços que deverão ser solucionados pela doutrina e pela jurisprudência futura.
>
> Deste fato decorreu nossa reflexão no sentido de se estabelecer parâmetros de fixação do valor da reparação, em uma escala de valores, mas sempre deixando uma janela aberta ao magistrado, para em seu juízo de ponderação, fixar a justa indenização em cada caso concreto que se lhe fosse apresentado.16

Passa-se agora a analisar cada um dos artigos referentes ao dano extrapatrimonial incluídos na CLT pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13467/2017), com exceção do art. 223-G, que será analisado em tópico próprio, tanto doutrinariamente, como empírica e jurisprudencialmente.

16 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 268-269.

3. AS ALTERAÇÕES RELATIVAS AO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA CLT APÓS A REFORMA TRABALHISTA

De acordo com o Título II-A – Do Dano Extrapatrimonial, o art. 223-A refere que se aplicam à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. Observa-se assim, que o legislador inicia o regramento do instituto do dano não patrimonial, ou moral, limitando as hipóteses de incidência apenas às elencadas neste título, o que não se coaduna com a própria realidade dos fatos, haja vista a dinâmica da sociedade moderna.[17] O próprio instituto da responsabilidade civil é matéria de natureza cível, que se aplica subsidiariamente ao Direito do Trabalho por força do art. 8, parágrafo 1º da CLT, que diz que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Deve haver aqui uma interpretação civil-constitucional do art. 223-A da CLT combinado com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil brasileiro. Nesse sentido, como refere Enoque Ribeiro dos Santos, a rigor, a norma acima se apresenta como *numerus clausus*, e não *numerus apertus*, como deveria ser. Justamente o que é positivo dessa positivação do dano extrapatrimonial na CLT levada a efeito pela Reforma Trabalhista é trazer ao texto consolidado o que já se aplicava nas relações de trabalho, mas não se pode ignorar outras fontes de consulta e uso, como a própria Constituição Federal Brasileira de 1988, o próprio Código Civil (arts. 186, 187, 927 e seguintes), entre outros diplomas legais. [18]

Nesse sentido aduz Enoque Ribeiro dos Santos que:

17 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas:** legislação complementar, jurisprudência. Atualizado por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 226.

18 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 268-269.

> O Código Napoleônico de 1804, na França, considerado um dos mais avançados na época, caminhou na mesma vertente, ao considerar que seus artigos poderiam enquadrar todos os fatos sociais da época, ou seja, fazer a subsunção do fato à norma, fenômeno que ficou conhecido como dogma da completude do ordenamento jurídico civilista. Porém, o caminhar da sociedade veio mostrar, em pouco tempo após a sua promulgação que, enquanto a lei é petrificada, estática, os fatos sociais são dinâmicos e no envolver das relações humanas criam novos fatos e novas situações que passam a não ser albergadas pelo direito posto ou pré-existente na norma cristalizada. Na sociedade reurbanizada, globalizada, consumerista, politizada e altamente cibernética em que vivemos, não há possibilidade de estancar ou de represar a ocorrência de um instituto tão amplo como o dano não patrimonial. Portanto, entendemos que uma legislação, por mais avançada e moderna que seja, não tem o condão de albergar todos os casos de incidência na contemporaneidade, como se extrai do dispositivo legal acima mencionado. Além disso, em sua evolução, a sublimidade e nobreza do instituto do dano extrapatrimonial, longe de levar à sua banalização, como muitos já quiseram fazer crer, cada nova hipótese de ocorrência ou novidade jurídica o enobrece, pois é produto do desenvolvimento do próprio espírito humano. Isto provém exatamente do fato de que o dano moral segue a mesma trajetória do ser humano, pois um é corolário do outro. Dentro deste contexto, entendemos que não há como limitar ou restringir a aplicação deste instituto do dano extrapatrimonial a apenas aos casos especificados neste estreito limite legal, como dispõe este novel artigo. [19]

Já no que tange ao art. 223-B da CLT, este refere que causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

19 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016. p. 268-269.

Este artigo traz um conceito de dano moral, mas limita sua ocorrência apenas aos titulares do direito material à reparação, o que foge à realidade dos fatos. Muitas vezes os titulares do dano não patrimonial ultrapassam a pessoa do trabalhador, para atingir seus familiares mais próximos, situação que não se confunde com o dano indireto ou por ricochete. [20]

Conforme o magistério de Enoque Ribeiro dos Santos:

> Vejamos a situação de um pequeno núcleo familiar, constituído pelo trabalhador empregado, esposa e filhos, que vivem em situação de plena felicidade, saúde e estabilidade, partilhando tudo o que a natureza lhes pode proporcionar. A partir de uma doença profissional desencadeada no emprego ou um acidente de trabalho, por negligência do empregador, pode provocar uma completa desestruturação deste núcleo familiar. Neste caso, entendemos que o titular do direito à reparação pelo dano não patrimonial sofrido não é apenas o trabalhador, mas também o cônjuge e membros da família, pois todos, sem exceção, foram atingidos pelo núcleo do instituto, ou seja, pela dor e angústia espiritual, já que juntos compartilhavam dos momentos de felicidade.
>
> Como muitas vezes não será mais possível o retorno à situação anterior (*status quo ante bellum*), de forma equivalente à situação de não ocorrência do dano, ou o mais próximo possível dela, não restará outra opção a não ser o pagamento da indenização ou reparação à vítima e familiares próximos, conforme recomenda o princípio do *restitutio in integrum*. Para aprofundar ainda mais a análise deste caso hipotético, imaginemos que o trabalhador, em decorrência da doença profissional ou do acidente ficou impotente sexualmente. Daí, configurada a culpa da empresa, teremos uma hipótese de dano sexual em face da privação da esposa a uma vida sexual normal, que ostentava anteriormente ao evento danoso, fato que, por se constituir em

20 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista. Acesso em 05 de outubro de 2021.

> um direito da personalidade levará à extensão da reparação à pessoa da esposa. [21]

O art. 223-C da CLT refere que a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Como refere Enoque Ribeiro dos Santos, percebe-se, já em uma análise preliminar, sem maiores pretensões, que vários outros direitos da personalidade que encarnam a configuração do dano extrapatrimonial não foram compreendidos neste artigo. Pode-se citar, entre eles, o direito à vida privada, à vida familiar sã, plena e feliz, à beleza, a qualidade de vida, entre outros, o que exigirá do magistrado, no caso concreto, à devida subsunção do fato real à norma legal. Mais uma vez verifica-se a impossibilidade de utilizar tão-somente os artigos 223-A a 223-G da CLT no que tange aos danos extrapatrimoniais.[22-23] Já no que concerne ao art. 223-D da CLT, a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Como advoga Enoque Ribeiro dos Santos[24]:

---

21 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista. Acesso em 05 de outubro de 2021.

22 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista. Acesso em 05 de outubro de 2021.

23 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas:** legislação complementar, jurisprudência. Atualizado por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 226.

24 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista. Acesso em 05 de outubro de 2021.

> A novidade jurídica deste artigo está relacionada ao reconhecimento de que a pessoa jurídica também pode ser afetada pelo dano extrapatrimonial, porém, de forma tão somente objetiva, já que por se constituir uma abstração, a empresa não possui espírito. Como o núcleo basilar da responsabilidade subjetiva repousa no tripé dor, humilhação e angústia, a empresa ou pessoa jurídica não poderá ser acometida nesta vertente da responsabilidade civil. Com efeito, o acolhimento da admissibilidade do dano não patrimonial em relação à pessoa jurídica veio acolher o disposto na Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:* Súmula n. 227 – A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Obviamente tal especificidade de dano moral só recairá sobre a pessoa do empregado ou de terceiro, que por ação ou omissão, culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo, cometer ato ilícito e lesar a imagem ou reputação da empresa ou empregador no mercado em que opera.
>
> Se houver a judicialização da demanda empresarial, o Judiciário poderá condenar o ofensor a uma sanção pecuniária, por meio de pagamento de indenização, ou ainda em uma obrigação de fazer (retratação pública, publicação de anúncio em jornais ou revistas, ou prestação de serviços à comunidade).

O art. 223-E da CLT ressalta que são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

O artigo em comento considera a possibilidade de responsabilidade solidária ou subsidiária, com apoio no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que o partilhamento da indenização seja feita de forma equitativa entre os co-responsáveis pela lesão. É preciso ressaltar que a solidariedade não se presume, ela decorre da lei ou do contrato.

O art. 223-F da CLT refere que a reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos

materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial (art. 223-F, parágrafo 1º da CLT). A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais (art. 223-F, parágrafo 2º da CLT).

Assim se manifesta Enoque Ribeiro dos Santos:

> Verifica-se dos artigos retro mencionados, o acolhimento também da Súmula n. 37 do STJ, que assim dispõe: Súmula 37 – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Desta forma, poderá haver a cumulação de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes), com os danos extrapatrimoniais, decorrentes da indenização por dano moral ou dano estético, decorrentes do mesmo evento lesivo e ultrapassado o filtro do nexo causal entre o dano e a lesão. Ademais, a lei exige que o magistrado discrimine, caso a caso, os valores relativos a cada tipo de indenização ou reparação. Já o parágrafo 2º do presente artigo é até mesmo redundante, na medida em que os magistrados, no caso concreto, atuam neste sentido, ou seja, não há interferência da avaliação dos danos patrimoniais com os danos morais, pois possuem natureza jurídica diversa, o que, por si só, enseja a cumulação dos respectivos pedidos. [25]

Percebe-se, assim, as arestas que o legislador não conseguiu evitar no afã de trazer uma nova normativa referente aos danos extrapatrimoniais dentro da CLT, erro comum ao positivismo jurídico e seu dogma de completude. Vamos analisar como os Tribunais Regionais

25 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista. Acesso em 05 de outubro de 2021.

Trabalhistas e o próprio Tribunal Superior do Trabalho vão interpretar esses novos dispositivos, já que até agora apenas o Ministro Gilmar Mendes se manifestou quanto à regulamentação dos danos extrapatrimoniais – sobretudo o dano moral- operada pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13467/2017). A lei pode também ser modificada pelo Judiciário na sua atuação, mesmo que estejamos vivendo hoje momentos mais sombrios no que se refere às relações de trabalho, de menos direitos trabalhistas aos hipossuficientes: os empregados.[26]

4. COMPARAÇÃO DOS VALORES INDENIZATÓRIOS POR DANO MORAL ATRAVÉS DOS JULGADOS TRABALHISTAS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO - TRT4

Buscando o saber jurisprudencial de apuração do quantum de indenização financeira é justa ou capaz de adimplir a lesão moral decorrentes da relação de trabalho, foram analisados cerca de 100 julgados exarados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4º região, então: 50 julgados no ano de 2016 e 50 julgados no ano de 2019, assim, antes e depois da entrada em vigor da lei 13.467/2017, a qual normou o artigo 223-G na CLT. Do total da amostra (100 acórdãos), em média, 25 acórdãos, em cada amostra de ano analisada, resultaram em quantificação ou manutenção ou revisão dos valores a título de indenização decorrente de lesão moral, como segue:

26 RAMOS, Luis Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wasem. **Assédio moral e cyberbullying no trabalho.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 252.

Quadro 1 – Acórdãos do TRT4 – Comparação 2016 versus 2019

Acórdãos TRT4			
Ano do Julgamento - 2016	**Condenação**	**Ano do Julgamento - 2019**	**Condenação**
0000021-10.2015.5.04.0811	R$2.000,00	0020872-58.2018.5.04.0005	R$5.000,00
0020253-36.2015.5.04.0781	R$4.000,00	0020105-76.2019.5.04.0751	R$2.000,00
0000079-13.2015.5.04.0811	R$2.000,00	0020405-61.2018.5.04.0205	R$6.500,00
0021058-65.2015.5.04.0012	R$3.000,00	0020339-18.2017.5.04.0205	R$5.000,00
0021339-31.2015.5.04.0332	R$5.000,00	0020290-89.2018.5.04.0124	R$1.000,00
0000486-49.2015.5.04.0801	R$4.000,00	0020556-06.2018.5.04.0406	R$4.000,00
0000151-36.2015.5.04.0411	R$2.000,00	0020288-63.2016.5.04.0812	R$20.000,00
0000674-80.2015.5.04.0271	R$5.000,00	0020595-08.2018.5.04.0372	R$2.000,00
0021151-23.2014.5.04.0025	R$2.000,00	0021140-80.2017.5.04.0124	R$10.000,00
0000224-66.2015.5.04.0812	R$3.000,00	0020033-67.2018.5.04.0123	R$2.000,00
0020380-33.2013.5.04.0202	R$2.000,00	0020352-20.2017.5.04.0301	R$2.000,00
0020897-02.2015.5.04.0741	R$3.000,00	0020182-52.2018.5.04.0741	R$15.000,00
0000495-97.2014.5.04.0234	R$5.000,00	0021067-03.2017.5.04.0741	R$5.000,00
0000045-81.2013.5.04.0205	R$15.000,00	0020011-10.2019.5.04.0661	R$3.000,00
0020872-07.2016.5.04.0271	R$1.000,00	0021453-83.2017.5.04.0013	R$3.000,00
0020751-32.2015.5.04.0006	R$10.000,00	0020733-06.2017.5.04.0761	R$3.000,00
0020751-14.2014.5.04.0282	R$2.000,00	0021575-96.2017.5.04.0401	R$2.000,00
0020070-31.2015.5.04.0663	R$3.000,00	0020565-67.2018.5.04.0664	R$8.210,75
0000147-60.2015.5.04.0811	R$5.000,00	0020259-68.2018.5.04.0383	R$10.000,00
0000850-47.2014.5.04.0351	R$25.000,00	0020176-84.2016.5.04.0201	R$8.000,00
0020514-80.2015.5.04.0302	R$10.000,00	0020118-54.2017.5.04.0522	R$1.500,00
0020635-19.2015.5.04.0752	R$2.000,00	0020619-61.2018.5.04.0202	R$3.000,00
0020577-08.2014.5.04.0281	R$4.000,00	0020727-33.2018.5.04.0221	R$3.000,00
0002007-53.2010.5.04.0203	R$5.000,00	0020085-82.2019.5.04.0752	R$2.000,00
0000136-95.2013.5.04.0101	R$5.000,00	0022094-29.2017.5.04.0221	R$1.000,00
Média	**R$5.160,00**	**Média**	**R$4.958,33**

Fonte: Dados secundário resultantes da pesquisa de jurisprudência – TRT4[27]

Analisando o impacto financeiro no quantum indenizatório gerado pelo artigo 223-G da CLT (o que é apresentado e descrito no quadro acima como média[28]) pode-se considerar pequena ou ínfima a variação do quantum indenizatório fixado pelos julgados tendo em vista os julgados do ano de 2016 para o ano de 2019. O resultado financeiro é representado pela variação, a menor, do valor de R$201,67 (duzentos e um reais e sessenta e sete centavos), o qual acentua o declínio do valor indenizatório.

27 Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

28 Os valores que ora fazem parte do quadro 1 são nominais, não tendo sob estes incidido as correções e juros. (BRASIL, 1943).

Levando em conta o salário mínimo atual (R$1.100,00) somado a gradação criada pelo inciso I[29] e II[30] do artigo 223-G (simulando que o trabalhador tenha recebido como último salário contratual o valor do salário mínimo) tem-se: em caso de ofensa leve o quantum de R$3.300,00; em caso de ofensa média o quantum de R$5.500,00, deste modo, as médias destacadas no quadro acima aproximam-se ao disposto no inciso II do artigo 223-G da CLT, em termos legais a adoção pelos magistrados dos parâmetros enunciados no artigo 223-G elevaria o quantum indenizatório e obstaria aos magistrados a adoção de critérios arbitrados e pessoais.

Pelo quadro acima, é possível também perceber a frequência com que o valor de R$2.000,00 (dois mil reais) e R$3.000,00 (três mil reais) aparecem como montante financeiro indenizatório. Notou-se quando do acesso aos acórdãos do TRT4 que os julgados estavam começando a convergir para a fixação uniforme nos montantes acima. Assim, a uniformização do entendimento coloca o citado montante em um patamar de parâmetro financeiro suficiente, então justo, para indenizar os ofendidos por decorrência das violações de cunho moral, sempre com ressalvas. Na mesma linha, os julgadores já estavam produzindo seus próprios parâmetros e ou patamares financeiros, o que indicava a necessidade de intervenção do legislador para suprir a citada lacuna ou razão (com certa carga de fundamento pessoal) apta a apuração quantitativa das reivindicadas lesões.

As ações e os magistrados que se utilizam da "inconstitucionalidade" do citado dispositivo, buscam afastar a sua força normativa

29 I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido. (BRASIL, 1943).

30 II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido. (BRASIL, 1943).

(vigência), e portanto, tornam-no inaplicável, o que induz a produção de alguns cenários: a constitucionalidade do citado artigo irá elevar em média o *quantum* indenizatório pretendido pelos ofendidos, pois a última remuneração do ofendido é, na maioria das vezes, maior que o valor do salário mínimo; a inconstitucionalidade é, em parte, ato de resistência irracional tendo em vista a tentativa de manutenção dos parâmetros arbitrários de apuração e quantificação do dano moral quando decorrentes das relações de trabalho; um terceiro cenário possível estaria relacionado ao cálculo mental feito pelo magistrado, tendo em vista ao montante final que o ofendido receberia, pois levaria em conta a majoração decorrentes da correção monetária e dos juros que ao futuro incidirão.

Contudo, infere-se que os julgados analisados no quadro 01 demonstraram que o quantum indenizatório se manteve constante ou inalterado, mesmo depois da entrada em vigor do artigo 223-G da CLT quando os valores não apresentam variação significativa.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL NO ENTENDIMENTO DO MINISTRO GILMAR MENDES – STF

Ao estabelecer os parâmetros das indenizações, o artigo 223-G da CLT classifica as ofensas, com base na gravidade do dano causado, em leve (até 3 vezes o último salário contratual do ofendido), média (até 5 vezes o último salário contratual do ofendido), grave (até 20 vezes o último salário contratual do ofendido) ou gravíssima (até 50 vezes o último salário contratual do ofendido).

A mudança é objeto de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Anamatra (Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ADI 6050), pelo Conselho Federal da OAB (Ordem dos

Advogados do Brasil - ADI 6069) e pela CNTI (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - ADI 6082).

Para o Ministro do STF, Gilmar Mendes, os critérios de quantificação da reparação previstos no artigo 223-G da CLT poderão orientar o magistrado trabalhista na fundamentação de sua decisão. Por isso, o dispositivo não deve ser considerado totalmente inconstitucional. Quanto a essa questão, o Ministro comentou que a jurisprudência do Supremo já assentou a inconstitucionalidade do tabelamento do dano moral, por entender que o julgador se tornaria mero aplicador da norma.[31]

No entendimento dele, o tabelamento deve ser utilizado como parâmetro, e não como teto. Consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade, é constitucional o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos previstos nos incisos do parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT.[32]

Assim, ele votou no sentido de interpretar o dispositivo para assentar que os critérios contidos nesse não impedem que a decisão judicial, devidamente motivada, fixe condenação em quantia superior. Ou seja, o dispositivo legal não é totalmente inconstitucional, serve como um parâmetro para o julgador e não impede condenações em valores maiores que os estabelecidos na CLT pela reforma trabalhista. Dessa forma, o Ministro Gilmar acatou parcialmente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade no seu voto, único até o momento, contra

31 BRASIL. Gilmar acata parcialmente ADI contra danos morais trabalhistas. Disponível em: https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/90804-gilmar-vota-pela-procedencia-parcial-das-adi-que-questionam-danos-morais-trabalhistas. Acesso em 26 de novembro de 2021.

32 BRASIL. Gilmar acata parcialmente ADI contra danos morais trabalhistas. Disponível em: https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/90804-gilmar-vota-pela-procedencia-parcial-das-adi-que-questionam-danos-morais-trabalhistas. Acesso em 26 de novembro de 2021.

danos morais trabalhistas. O julgamento acabou suspenso por pedido de vista do Ministro Nunes Marques.[33]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio moral tornou-se um fenômeno que invade e desestabiliza o cotidiano do trabalhador, sendo considerado um flagelo social, posto que perturba todas as esferas da vida do trabalhador, seja familiar, social, profissional, etc., haja vista que na convivência do dia-a-dia as pessoas tendem a demonstrar seus instintos perversos, manifestando-os através de manifestos abusos de poder, seja por maldade ou competitividade desumana e antiética. Isto porque, a prática do assédio moral constitui flagrante ilícito pelo abuso manifesto do poder diretivo do empregador, posto que invade a esfera psíquica do empregado assediado, a partir de prática encarada como coação, constrangimento, ofensiva à honra, a moral e a boa fama da vítima, caracterizando, sobretudo, a violação das obrigações contratuais assumidas pelo empregador.[34]

Ademais, o amplo rol de direitos fundamentais e, especialmente, os direitos fundamentais de personalidade, tais como, a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada, insculpidos na Carta Magna, são suficientes para buscar a tutela jurisdicional nos casos de assédio moral. Conclui-se, portanto, que a regulamentação legislativa da prática do assédio moral pela lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que incluiu na CLT os artigos 223-A a 223-G, no título II-A (do dano extrapatrimonial)

33 BRASIL. Gilmar acata parcialmente ADI contra danos morais trabalhistas. Disponível em: https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/90804-gilmar-vota-pela-procedencia-parcial-das-adi-que-questionam-danos-morais-trabalhistas. Acesso em 26 de novembro de 2021.

34 Não obstante, o empregado, ao entregar sua força de trabalho, sujeitando-se ao poder diretivo do empregador em troca de salário, não transfere a este o direito de dispor ou violar os seus direitos de personalidade e dignidade.

foi positiva, embora sofra críticas justas pelos operadores do Direito, haja vista que tal prática tem sido utilizada por muitos empregadores como programa para administrar seus empreendimentos.

Pode-se dizer que tanto o dano moral individual, como o dano moral coletivo ou transindividual (metaindividual) foram contemplados, de forma definitiva, no ordenamento jurídico, de forma que ocorrendo o ilícito, ou abusividade, e preenchidos os seus elementos caracterizados em juízo de ponderação, e não apenas de subsunção do fato à norma, a regra geral será pela procedência da justa e devida reparação.

Para o Ministro do STF, Gilmar Mendes, os critérios de tarifação da reparação por danos morais previstos no artigo 223-G da CLT poderão servir de base para o magistrado trabalhista em suas sentenças. Assim sendo, o dispositivo não deve ser considerado totalmente inconstitucional, dando parcial provimento às ações diretas de inconstitucionalidade contra tal dispositivo celetista. No que tange a essa questão, Mendes referiu que a jurisprudência do Supremo já havia assentado a inconstitucionalidade do tabelamento do dano moral da Lei de Imprensa, justamente por entender que o julgador se tornaria tão-somente aplicador da norma, sem poder formar a sua convicção e fundamentação livremente.

Nessa esteira, o tabelamento deve ser utilizado como parâmetro, e não como teto (valor máximo). Consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade, é constitucional o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos previstos nos incisos do parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT. Assim, ele votou no sentido de interpretar o dispositivo para assentar que os critérios contidos nesse não impedem que a

decisão judicial, devidamente motivada, fixe condenação em quantia superior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Gilmar acata parcialmente ADI contra danos morais trabalhistas.** Disponível em: https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/90804-gilmar-vota-pela-procedencia-parcial-das-adi-que-questionam-danos-morais-trabalhistas. Acesso em 26 de novembro de 2021.

BRASIL. **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4º REGIÃO**. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos. Acesso em 05 de maio de 2021.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas:** legislação complementar, jurisprudência. Atualizado por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

RAMOS, Luis Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wasem. **Assédio moral e cyberbullying no trabalho.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado.** 5ª. edição. São Paulo: Editora Ltr, 2016.

_____. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista. Acesso em 05 de outubro de 2021.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

4

ADOECIMENTO EMOCIONAL NO TRABALHO

Cláudio Teixeira Damilano [1]
Karen Pinzon Blaskoski [2]
Maria Lucia Ciampa Benhame Puglisi [3]

1. INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde tem demonstrado que existe um aumento substancial no número de afastamentos do trabalho em razão de problemas relacionados à saúde mental do trabalhador.

Em razão disso, o presente estuda objetiva analisar o arcabouço normativo que resguarda a saúde no ambiente de trabalho. Para tanto, após análise das normas (tanto no âmbito do direito interno, quanto no âmbito das normas internacionais), será analisado o conceito de adoecimento mental e suas causas, para, por último, ser feita a investigação

1 Mestrando em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Direito e Economia pela UFRGS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CETRA-CESUSC. Advogado e Pesquisador do Núcleo de Pesquisas CNPQ/PUCRS "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Gilberto Stürmer e "Novas Tecnologias, Processo, e Relações de Trabalho", coordenado pela Prof.ª Denise Fincato. E-mail: claudiotdamilano@gmail.com; CV: http://lattes.cnpq.br/1215685488127905.

2 Mestranda em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS e FEMARGS. Juíza do Trabalho Substituta no TRT da 1ª Região, Professora de Direito Individual e Coletivo de Direito do Trabalho e Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas CNPQ/PUCRS "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Gilberto Stürmer. E-mail: karenblaskoski@gmail.com; CV: http://lattes.cnpq.br/0255971012822684.

3 Pós-Graduada e Graduada pela Faculdade de Direito da USP em Direito do Trabalho, com cursos de extensão na Faculdade de Direito da FGV em "Liderança Sindical Empresarial" e em "Gestão de Pessoas e Compliance Trabalhista. Advogada e Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas CNPQ/PUCRS "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Gilberto Stürmer. E-mail: benhame@benhame.adv.br; CV: http://lattes.cnpq.br/5969911090298446.

sobre possibilidades de prevenir e combater o adoecimento mental no trabalho.

2. DAS NORMAS DE SEGURANÇA E SAÚDE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO.

O meio ambiente do trabalho é o local onde o trabalhador presta o seu serviço. Deste modo, neste tópico será analisado as normas jurídicas que de forma direta ou indireta podem e devem contribuir para um ambiente laboral seguro e saudável.

A Constituição Federal de 1988 traz no inciso XXII do artigo 7º que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social" a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

A CLT traz em seu Capítulo V disposições sobre "Segurança e da Medicina do Trabalho", devendo ser observado que outras regras previstas em legislações estaduais, municipais e normas coletivas deverão ser observadas (art. 154) pelos empregadores. Além disto, nos termos do art. 157 da CLT, os empregadores deverão:

> I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
>
> II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
>
> II - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
>
> IV - Facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Por outro lado, os empregados deverão (art. 158, da CLT) "observar as normas de segurança e medicina do trabalho", colaborando para com o empregador no seu cumprimento. Caso haja descumprimento por parte do empregado na observância das normas legais e nas instruções repassadas pelo empregador poderá restar caracterizado ato faltoso e dependendo da gravidade e/o reiteração, passível de advertência, suspensão e até mesmo dispensa por justa causa.

No intuito de facilitar a comunicação entre empregados e empregador, bem como em cumprir as normas de higiene e segurança do trabalho, o estabelecimento com 20 trabalhadores ou mais, deverão constituir a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), conforme a Norma Regulamentadora nº 5. O empregador, deverá (art. 166, da CLT) fornecer, gratuitamente, aos empregados, "equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados".

Para o fim de verificar a aptidão física e mental do empregado será obrigatório, por conta do empregador, exame médico quando da admissão, demissão, periódicos e outros exames que quando da consulta o médico entender necessário, conforme dispõe o art. 168, da CLT e a NR 7, item 7.4.2, letra "a)".

A Lei nº 13.103/2015 incluiu o §6º ao art. 168, da CLT tornando obrigatório para os motoristas profissionais "exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento", "assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames".

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) trouxe para dentro da CLT a previsão expressa do dano extrapatrimonial, conforme Título II-A, artigos 223-A e seguintes. Neste sentido, ficou estabelecido no artigo 223-C que são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física a saúde, a integridade física dentre outros.

No âmbito previdenciário a Lei nº 8.213/91 em seu artigo 19 considera acidente do trabalho toda "lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho". Além disto, o artigo 20 considera acidente do trabalho:

> 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 relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

O artigo 21 da Lei 8.213/91 equipara ao acidente do trabalho os seguintes acontecimentos:

> 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 consequência 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.

O Decreto nº 3.048/99 traz em seu Anexo II, lista B que os transtornos mentais e do comportamento poderão ser causados pelo uso das seguintes substâncias:

1. Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro III)

2. Chumbo ou seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro VIII)

3. Tricloroetileno, Tetracloroetileno, Tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro XIII)

4. Brometo de Metila (X46.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro XIII)

5. Manganês e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro XV)

6. Mercúrio e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro XVI)

7. Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro XIX)

8. Outros solventes orgânicos neurotóxicos (X46.-; X49.-; Z57.5)

No âmbito internacional, existe a Convenção n º 155 da OIT que dispõe sobre Saúde e Segurança no Trabalho (1981)[4], internalizada pelo Decreto nº 1.254/1994 e revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, bem como a Convenção n º 187 que versa sobre o Quadro Promocional para a Saúde e Segurança no Trabalho (2006), pendente de ratificação pelo Brasil. No que diz respeito a Convenção nº 155 da OIT ratificada pelo Brasil o artigo 3º letra "e)" afirma que termo "'saúde', com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho". Em seguida, o artigo 4º estabelece que todo Estado-Membro deverá "formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente

4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. 1981. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho".

A Recomendação n.º 164 da OIT (1981) versa sobre a "segurança e saúde dos trabalhadores". O artigo 3, letra "e)" estabelece que deverá ser dada prioridade à eliminação do risco na fonte, prevenindo o "stress físico ou mental causado por condições de trabalho e insalubres." Dentre as obrigações para que os empregadores possam atingir tal objetivo o artigo 10, letra "g)" aponta que seja adotado "todas as medidas exequíveis e razoáveis para eliminar qualquer excesso de fadiga física e mental".

A Convenção n.º 161 da OIT (1985) internalizada pelo Decreto nº 1.254/1994 e revogado pelo Decreto nº 10.088/2019 refere-se aos Serviços de Saúde do Trabalho. Neste sentido, o artigo 1º, letra "a)" item "i)" afirma que os serviços de saúde no trabalho possuem "funções essencialmente preventivas e encarregado de aconselhar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa em apreço, sobre" "os requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho;"

A Recomendação n.º 194 da OIT (2002) traz no Anexo 1 a "lista das doenças profissionais da OIT revisada em 2010. Diante disto, são consideradas "doenças profissionais segundo o órgão ou sistema afetado" conforme o item 2.4 os "Transtornos mentais e do comportamento", o " Transtorno de estresse pós-traumático" e "Outros transtornos mentais ou do comportamento, não mencionados no item anterior, quando se tenha estabelecido, cientificamente ou por métodos adequados às condições e à prática nacionais, um vínculo direto entre a exposição a fatores de risco resultantes das atividades de trabalho, e o(s)

transtorno(s) mental(is) ou do comportamento contraído(s) pelo trabalhador".

A Convenção nº 190 da OIT (2019) é considerada o primeiro tratado internacional sobre a "violência e assédio" no mundo do trabalho[5]. Aprovada na 108ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho quando do centenário da OIT, entrou em vigor em 25/06/2021, possuindo como signatários apenas 06 países: Argentina, Equador, Fiji, Grécia, Maurício, Namíbia, Somália e Uruguai[6]. Em seu preâmbulo a Convenção 190 da OIT[7] reconhece que violência e assédio são inaceitáveis e incompatíveis com o trabalho decente, podendo constituir violação ou abuso dos direitos humanos e uma ameaça à igualdade de oportunidades. Para tanto, "todos os atores do mundo do trabalho devem evitar, prevenir e enfrentar a violência e o assédio", pois isso impacta "saúde psicológica, física e sexual, a dignidade e o ambiente familiar e social de uma pessoa."

O artigo 1º, item 1, letra "a)" traz o conceito de violência e assédio no mundo do trabalho como sendo "uma série de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças, seja uma única ocorrência ou repetida, que visam, resultam ou podem resultar em danos físicos, dano psicológico, sexual ou econômico e inclui violência e assédio de gênero;". Já o artigo 2 estabelece o alcance da norma incluindo não só os

5 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). Primeiro tratado internacional para enfrentar a violência e o assédio entra em vigor. 2021. A Organização Internacional do Trabalho está lançando uma campanha global para promover a ratificação da Convenção sobre Violência e Assédio. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_806107/lang--pt/index.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

6 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). Ratificações da C190 - Convenção sobre Violência e Assédio, 2019 (Nº 190). 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3999810. Acesso em: 22 set. 2021.

7 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). C190 - Convenção sobre Violência e Assédio, 2019 (Nº 190). 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190. Acesso em: 22 set. 2021.

empregados, mas também aqueles que estejam em treinamento, estagiários, aprendizes, voluntários, candidatos à emprego que exerçam autoridade, deveres ou responsabilidades de um empregador em todos os setores: públicos ou privados.

Com o objetivo de eliminar os casos de violência e assédio o artigo 4º traz como objetivo aos Estados-membros que haja (a) proibição legal; (b) garantia de que as políticas abordem a violência e o assédio; (c) adotar uma estratégia abrangente para implementar medidas para prevenir e combater a violência e o assédio; (d) estabelecer ou fortalecer mecanismos de fiscalização e monitoramento; (e) garantia de acesso a recursos e apoio às vítimas; (f) prever sanções; (g) desenvolver ferramentas, orientação, educação e treinamento, e aumentar a conscientização, em formatos acessíveis conforme apropriado; e h) Garantir meios eficazes de inspeção e investigação dos casos de violência e assédio, inclusive por meio de inspeções do trabalho ou outros órgãos competentes.

Por fim, há também a Recomendação 206 da OIT[8] que versa sobre "a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho" e complementa as disposições da Convenção 190 da OIT, devendo serem consideradas em conjunto.

Após a análise do arcabouço normativo que tem por escopo a proteção da saúde do trabalhador, cabe analisar o que é o adoecimento mental no trabalho considerando especialmente o fato de ser possível, em razão das diversas tecnologias existentes, o trabalho a qualquer tempo e de qualquer lugar.

8 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). R206-Recomendação (n º 206) sobre violência e assédio. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729461.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

3. ADOECIMENTO MENTAL NO TRABALHO.

O adoecimento mental no trabalho, para Margarida Barreto[9] ocorre quando o indivíduo é exposto a situações que lhe causam algum tipo de constrangimento ou humilhação, seja pelo desempenho de tarefas repetitivas ou pela pressão psicológica imposta. É mais usual ocorrer em relações hierárquicas (superior e subordinado), tendo como consequência a desestabilização da pessoa atingida.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o adoecimento mental dos trabalhadores é a terceira causa que mais gera afastamentos, sendo ocasionado, em grande parte, em decorrência de

> situações de grande estresse no ambiente de trabalho com carga horária elevada, com um ambiente de trabalho que exige do trabalhador um desempenho além do que é possível, situações de assédio moral, dentre outras[10].

Uma dessas causas ocorre quando há o assédio moral, cujos estudos catalogados sobre o tema remetem ao alemão LEYMAN (1996, p.167). Já, no Brasil, devem-se à tradução da obra francesa de Marie-France Hirigoyen e aos estudos de Margarida Barreto (Uma Jornada de Humilhações).

As consequências do assédio moral não se limitam à saúde do trabalhador, podendo atingir a esfera da vida social do empregado, a produtividade da empresa, a salubridade do meio ambiente laboral e até mesmo a própria sociedade com a sobrecarga da previdência social[11].

---

9 BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Uma jornada de humilhações.** Disponível em https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/17175. Acesso em 09.11.2021.p. 48

10 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em https://www.who.int/teams/mental-health-and-substance-use/promotion-prevention/mental-health-in-the-workplace Acesso em 24.09.2021.

11 O sítio https://smartlabbr.org/sst/localidade/0?dimensao=perfilCasosAfastamentos contém dados estatísticos sobre as principais causas de afastamento. Da análise das informações ali contidas percebe-

O assédio moral está diretamente ligado ao adoecimento mental do trabalhador, sendo que, com amparo na lição do filósofo Byung-Chan Han[12], essas situações de adoecimento têm aumentado exponencialmente, pois o indivíduo não tem mais um período de ócio que lhe permita desconectar, a vida digital tem demonstrado que a produção é possível a todo instante e em qualquer lugar. Isso gera, nas palavras do autor em questão um estado de esgotamento.

Outra transformação que fez com que houvesse o aumento do adoecimento no trabalho ocorre, segundo o autor supracitado[13], em razão da mudança de paradigma de uma sociedade disciplinar para uma sociedade de desempenho, que busca sempre produzir mais.

É nesse modelo de sociedade que está o adoecimento emocional. Para o filosofo Byung-Chul Han,

> o que causa a depressão do esgotamento não é o imperativo de obedecer apenas a si mesmo, mas a pressão do desempenho. Vista a partir daqui a síndrome de *burnout* não expressa o si-mesmo esgotado, mas antes a alma consumida[14].

Para o psicólogo Christophe de Dejours[15], o assédio no ambiente de trabalho não é novidade. No entanto, o que faz com que exista um maior

---

se um aumento do número de empregados em gozo de benefício previdenciário em razão de estresse, depressão, entre outras doenças do gênero.

12 HAN, Byung-Chan. **No enxame: perspectivas do digital.** Tradução de Lucas Machado. Rio de Janeiro: Vozes, 2018. p. 63-64.

13 HAN, Byung-Chan. **Sociedade do Cansaço.** Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada. Rio de Janeiro: Vozes, 2017. p. 25

14 HAN, Byung-Chan. **Sociedade do Cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada. Rio de Janeiro: Vozes, 2017. p. 27

15 DEJOURS, Christophe de. **Entrevista ˜Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal˜**. Disponível em <https://www.publico.pt/2010/02/01/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732>. Acesso em 24.09.2021. p.5-6.

número de trabalhadores afastados do trabalho em razão do assédio sofrido é o fato de ter desaparecido a solidariedade, isto é, os colegas de trabalho muitas vezes vivem com receio de perder o emprego e acabam ignorando a vítima, o que faz com que não exista uma rede de apoio no ambiente de trabalho.

O autor Byung-Chul[16] explica que a "pressão pelo movimento de aceleração caminha lado a lado com a desconstrução da negatividade˜. Com essa colocação o autor afirma que é necessário permitir que as pessoas sintam as emoções negativas, sob pena de o excesso de positividade acabar tornando os indivíduos esgotados.

Tendo ciência dos problemas que podem macular a saúde mental dos trabalhadores, cabe aos gestores das empresas atuarem de forma efetiva para prevenir e combater o problema.

4. PREVENÇÃO E COMBATE.

Para que a prevenção e o combate às situações de assédio sejam mais efetivos é importante buscar-se suas origens, e elementos que facilitam, e que podem fomentar seu desenvolvimento.

A origem do assédio empresarial não está na empresa em si tão somente, nem se inicia, obrigatoriamente, naquele ambiente. A empresa nada mais é do que reflexo de uma cultura social.

Há várias causas que favorecem a perpetuação do assédio, que, muitas vezes, pode se iniciar numa prática de concorrência entre colegas e mesmo da atitude de certas instituições de ensino, em cujo

16 HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2017. p. 11.

contexto aparece o que Hirigoyen [17] salienta como uma causa facilitadora do assédio:

> "durante os estudos ou as especializações, injeta-se regulamente nos estudantes das grandes escolas a ideia de que são os melhores, está-se criando entre eles um sentimento de superioridade que os impede qualquer comunicação. Por se sentir à parte, podem ser levados a pensar que têm todos os direitos ".

Em tais situações, o outro não é importante, a individualização e autovalorização tomam proporções que podem fazer surgir situações de assédio, sem que o seu agente sequer as perceba como indevidas, principalmente nesta época de 4ª Revolução Industrial, em que a importância do indivíduo para a economia foi repensada, como observa Harari [18]

> "no século XX a medicina beneficiava as massas porque aquele século abrigou a era das massas. Os exércitos do século XX precisavam de milhões de soldados saudáveis, a economia precisava de milhões de trabalhadores saudáveis, mas quando tais milhões de indivíduos não são mais necessários e são substituídos por algoritmos, alguma elite pode repensar a importância de manter tais indivíduos bem e com saúde"

Assim, a forma de instrução, educação e mesmo formatação econômica atual são situações que podem facilitar o desenvolvimento do assédio moral no ambiente de trabalho.

17 HIRIGOYEN, M.-F. (2017a). **Mal-estar no trabalho – redefinindo o assédio moral**. 9ª ed. Rio de Janeiro Brasil: Bertrand Brasil. pg 42

18 HARARI, Y. N. (2016). **Homo Deus – Uma breve história do amanhã**. São Paulo: Cia das Letras pag 351

Como bem salienta SILVA, 2008[19] a cultura social influencia diretamente na gestão empresarial. Mostra, por exemplo, como a cultura brasileira gera um gerenciamento hierarquizado com uma atitude passiva dos liderados, dificultando sua alteração para uma estrutura mais participativa:

> "a estrutura organizacional reflete os valores culturais e a organização da sociedade. A contração de poder e o personalismo são as variáveis mais ativas na sua atualização (BARROS, 2003). Favorecem a adoção de uma estrutura funcional de forma piramidal nas organizações brasileiras, e desse jeito, a centralização das tomadas de decisões. Essa forma corresponde à realidade da sociedade brasileira. Isto leva a adoção de uma atitude passiva pelos liderados, que somente cumprem as ordens dos líderes e receiam tomar iniciativa e correr riscos (BARROS, 2003). Por isto, outros tipos de estruturas são, em geral, rejeitados. Por exemplo, uma estrutura participativa como a estrutura matricial é de difícil adoção por envolver valores inconsistentes com a cultura nacional (NEWMAN e NOLLEN, 1996, apud BARROS, 2003)."

Portanto o trabalho a ser desenvolvido de prevenção e combate ao assédio no ambiente de trabalho passa pela análise da cultura em que a organização está inserida, como essa cultura favorece ou dificulta o aparecimento dessas situações, e qual a melhor forma para que tal prevenção e combate sejam efetivos.

A empresa não tem como função educar e alterar a formação de um empregado que vem de uma cultura sexista, machista ou preconceituosa, mas vai poder detectar e coibir comportamentos que possam caracterizar assédio e gerar danos e adoecimento nos demais empregados.

---

19 SILVA, Raimundo Nonato Sousa; GASSENFERTH, Walter; SILVA, Fanny da - O Impacto da Cultura sobre o Sistema de Controle Gerencial: uma Análise de Empresas Brasileiras Adquiridas por Capital Estrangeiro IN **Revista Contabilidade Vista e Revista**, ISSN 0103-734X, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 35-60, abr./jun. 2008.

À empresa cabe regular seu ambiente de trabalho com normas claras de comportamento aceitável, treinar os empregados orientá-los, coibir, e quando o caso, punir os infratores. Os meios de ação são vários e sempre passam por um sistema de Compliance efetivo, instituição e código de ética e conduta, canais de denúncia confiáveis, sigilosos e seguros protegendo o denunciante evitando qualquer tipo de retaliação.

Mas, mais do que todo esse arcabouço ético, cabe às empresar analisar todas as suas ferramentas de gestão. O assédio pode surgir de simples planos de remuneração variável, fixação de metas abusivas, relação com clientes, que podem fomentar seu surgimento.

Muitas pesquisas não acadêmicas são efetuadas nos meios empresariais, justamente para mostrar situações escondidas em empresas ou em atividades vistas como não assediantes por sua natureza. Já é quase um "lugar comum" a visão do meio financeiro como abusivo, que facilita o aparecimento do assédio, mas o que e dizer do mundo da "comunicação e marketing"?

Uma pesquisa efetuada em 2017 mostrou que 90% das mulheres que atuavam na área já se sentiram assediadas moral ou sexualmente[20], e que muito desse assédio vinha da relação com o cliente. Uma pesquisa mundial da IBA -Internacional Bar Association[21] mostrou que em 57% dos casos de bullying e 75% das situações de assédio sexual os casos não foram denunciados.

A toda essa situação se somou a situação de trabalho remoto, o teletrabalho. Instituo novo no Direito brasileiro pois permite o *anywhere work*, ou seja, o trabalho de qualquer local que não a sede da empresa.

20 https://grupodeplanejamento.com/hostilidade-silencio-e-omissao/ acesso em 23/09/21

21 https://www.ibanet.org/bullying-and-sexual-harassment – acesso em 23/09/21

Por ser relativamente novo, a cultura empresarial tinha uma certa aversão a ele, até mesmo pela perda de controle visto como normal na cultura brasileira, mas a situação de pandemia o fez impositivo em muitas funções.

Sem entrar no mérito de que o que ocorreu na pandemia não é a regra, a verdade é que o trabalho remoto vai exigir que as empresas se debrucem sobre essa prática, para evitar situações de assédio, que podem surgir não só de chefias, mas de qualquer outro empregado em relação a seus colegas.

Uma das maiores críticas, até por ser realmente um ponto frágil na situação do trabalho remoto, é a ausência do controle de jornada, autorizado por lei, mas que não pode gerar descumprimento da jornada legal. Ocorre que a marcação de ponto eletrônico em trabalho remoto exige o cumprimento da portaria 373 do MTe, que por sua vez, exige instrumento coletivo que o autorize, o que tem dificultado sua implantação. Em novembro de 2021, foi editada a Portaria 671/21 do Tem que cria uma marcação de ponto via software sem necessidade de acordo sindical, mantendo a marcação alternativa com acordo sindical, o que deve favorecer o controle legal da jornada, servindo para coibir abusos de jornada.

Além da situação de jornada, quando a situação de pandemia acabar, caberá as empresas regularem suas políticas de teletrabalho, mapeando situações de risco, atuando para as coibir.

Toda essa situação deve ser gerenciada pelas empresas. No entanto, pode haver falhas por erro ou deliberadas, quando estaremos diante do assédio institucional, ou corporativo.

Nesse caso caberá aos terceiros, ou seja, a todos os estranhos à vida "*interna corporis*" das empresas, agir contra tal situação.

O papel do combate envolve sempre o Estado e seus representantes, tanto que a Conv. 190 da OIT estabelece diretrizes para esse controle como visto no primeiro item desse estudo.

No entanto, a atuação estatal não pode atuar só nesse combate. Às entidades sindicais cabe um combate mais efetivo por estarem, em teoria, próximos às bases. No entanto, não é o que a prática nos mostra, bastando analisar os sites dos sindicais e mesmo os instrumentos coletivos registrados, que em sua maioria contém "veementes" regras genéricas de "não aceitação" do assédio[22].

O combate ao assédio cabe a toda a sociedade, e se inicia em seu meio, nas famílias, nas escolas, nas instituições como um todo. Às empresas, parte dessa sociedade, e seu reflexo, cabe impedir que o comportamento cultural externo adentre suas portas, e se o fizer deve ele ser coibido e se necessário, punido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Da análise das normas destacadas, tanto a nível internacional, quanto a nível nacional, percebe-se a preocupação de que seja efetivada o direito social do trabalhador, de laborar em meio ambiente de trabalho seguro e sadio. Essa preocupação vai muito além de não sofrer danos a sua integridade física, mas também de preservar a saúde mental.

Os estudiosos que se ocupam de analisar o tema da saúde mental do trabalhador de forma mais minuciosa, têm apontado que o fato de a sociedade primar pelo alto desempenho, aliado ao excesso de

22 http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo Resultado: 114 Instrumento(s) Coletivo(s) Encontrado(s) – (critério: Grupo: Relações de Trabalho – Condições de Trabalho, Normas de Pessoal e Estabilidades - Sub Grupo: Assédio Moral) CE000078/2021; PE000971/2021; SC001143/2021; SP005923/2021 – acesso em 23/09/21

positividade e cobranças, é causa de maior número de afastamentos previdenciários em razão do adoecimento mental.

As empresas devem estar cientes da situação e buscar implementar medidas para que condutas assediadoras não sejam admitidas. Para tanto, deve elaborar programa efetivo, que vise orientar e permitir a denúncia de eventuais irregularidades, punindo os envolvidos.

REFERÊNCIAS.

ALMEIDA, Caio Augusto Régis Paulo Neto de. ALMEIDA, Gabriel Augusto Régis Paulo Neto de. CARVALHO, Marina Ribeiro Coutinho Teixeira de. MARCOLINO, Alinne Beserra de Lucena. **Aspectos relacionados à saúde mental dos profissionais de saúde durante a pandemia do Covid-19:** uma revisão integrativa da literatura. Disponível em https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/22168. Acesso em 24.09.2021.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Uma jornada de humilhações.** Disponível em https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/17175. Acesso em 09.11.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23.09.2021.

_____. **Decreto nº 3.048**, de 6 de maio de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 23.09.2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943 (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23.09.2021.

_____. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 23.09.2021.

DEJOURS, Cristophe. **Entrevista "Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal**". Disponível em <https://www.publico.pt/2010/02/01/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732>. Acesso em 24.09.2021.

DUARTE, Michael de Qaudros. SANTO, Manuela Almeida da Silva. LIMA, Carolina Palmeiro. GIORDANI, Jaqueline Portella. TRENTINI, Clarissa Marceli. **COVID-19 e os impactos na saúde mental:** uma amostra do Rio Grande do Sul, Brasil. Disponível em https://www.scielosp.org/article/csc/2020.v25n9/3401-3411/# Acesso em 24.09.2021.

Fernandes MA, Silva DRA, Ibiapina ARS, Silva JSe. **Mental illness and its relationship with work: a study of workers with mental disorders.** Rev Bras Med Trab.2018;16(3):277-286.

HAN, Byung-Chul. **No enxame:** perspectivas do digital. Tradução de Lucas Machado. Rio de Janeiro: Vozes, 2018.

_____. **Sociedade da Transparência**.Tradução de Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

_____. **Sociedade do Cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Le harcèlement moral:** la violence perverse au quotidien. Paris: Syros, 1998.

LEYMANN, Heinz. **The content and developemet of mobbing at work**. European Journal of Work and Organizational Psychology. V.5, n.2, p. 165-184, 1996b.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores**. 1981. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **Primeiro tratado internacional para enfrentar a violência e o assédio entra em vigor**. 2021. A Organização Internacional do Trabalho está lançando uma campanha global para promover a ratificação da Convenção sobre Violência e Assédio.. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_806107/lang--pt/index.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **Ratificações da C190 - Convenção sobre Violência e Assédio, 2019 (Nº 190)**. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3999810. Acesso em: 22 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **C190 - Convenção sobre Violência e Assédio, 2019 (Nº 190)**. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190. Acesso em: 22 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Genebra). **R206-Recomendação (n º 206) sobre violência e assédio**. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729461.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em https://www.who.int/teams/mental-health-and-substance-use/promotion-prevention/mental-health-in-the-workplace Acesso em 24.09.2021.

ROCHA, Renan Vieira de Santana. BRAMBILLA, Beatriz Borges. BARROS, Brenda Dantas. **Saúde Mental em Contextos de Pandemia e Isolamento Social: tarefas para as trabalhadoras e trabalhadores da saúde**. Disponível em https://interfaces.leaosampaio.edu.br/index.php/revista-interfaces/article/view/861/pdf Acesso em 24.09.2021.

https://zevillage-net.cdn.ampproject.org/c/s/zevillage.net/teletravail/jean-emmanuel-ray-ne-tuons-pas-lelan-du-teletravail/?amp – Jean-Emmanuel Ray spécialiste du droit du travail, professeur de Droit à l'université Paris 1-Sorbonne - Acesso em 23.09.2021

https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-na-saude-mental-de-trabalhadores-essenciais - Acesso em 23.09.2021

http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo Resultado: 114 Instrumento(s) Coletivo(s) Encontrado(s) – (critério: Grupo: Relações de Trabalho – Condições de Trabalho, Normas de Pessoal e Estabilidades - Sub Grupo: Assédio Moral) CE000078/2021; PE000971/2021; SC001143/2021; SP005923/2021- Acesso em 23.09.21

https://spbancarios.com.br/denuncias Acesso em 23.09.21.

5

A INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO TABELAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS APÓS REFORMA A TRABALHISTA LEI 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neiva Schuvartz [1]
Luciane Marques Ribeiro [2]
Rodolfo Pamplona Filho [3]

1 Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra(diploma reconhecido pela Universidade de São Paulo-USP.); especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Milton Campos; especialista em Negócios Internacionais pela Faculdade PUC Minas; graduada em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte e graduada em Psicologia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Atualmente é Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do trabalho e do Direito civil e processual Civil do Centro Universitário Newton Paiva. Atua como membro consultivo da Revista de iniciação científica Newton Paiva. Participa do grupo de estudo: Relações de Trabalho e Sindicalismo da PUCRS. É sócia - Schuvartz Guimarães Advogados.

2 Mestranda em Educação Tecnológica pelo CEFET/MG. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professora do curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professora de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Pratica Simulada Trabalhista no curso de graduação em Direito pela Nova Faculdade. Membro da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas da OAB/MG. Advogada. Sócia do Escritório de Advocacia Ribeiro e Marques Advocacia e Consultoria.

3 Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da UNIFACS - Universidade Salvador. Professor Associado IV da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito e do Curso de Especialização On Line em Direito e Processo do Trabalho do CERS Cursos On Line. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Máster en Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (tendo exercido sua secretaria geral. Atualmente exerce a Presidência),Instituto Baiano de Direito do Trabalho, Academia Brasileira de Direito Civil - ABDC, Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFam e Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil.

1. INTRODUÇÃO

Nestas breves linhas de introdução, pretendemos expor algumas das ideias que vão nortear a análise e a compreensão principal deste trabalho.

Em 2017 foi implementada a denominada reforma trabalhista por meio da Lei nº 13.467/17, que trouxe a modificação/exclusão de 117 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), consubstanciada no Decreto-lei nº 5.452, de 1943, tendo como objetivo inicial adequar a legislação às novas relações de trabalho. Contudo, desde a sua entrada em vigor, foi alvo de muitas críticas pela doutrina.

Neste trabalho discutiremos notadamente a inconstitucionalidade da base de cálculo do tabelamento dos danos extrapatrimoniais, que foi incluído pela dita reforma no Capítulo II-A, e está disposta no art. 223-G. Assim, o trabalho está dividido em dois tópicos.

No primeiro tópico discutiremos a terminologia do dano extrapatrimonial e dano moral baseado na discussão doutrinária, e a definição do que é um dano extrapatrimonial, bem como a fixação das indenizações a partir da inclusão do art. 223-G na CLT.

No segundo tópico discutiremos sobre a inconstitucionalidade da base de cálculo das indenizações baseadas no salário do ofendido, isso porque a fixação da indenização sobre os danos relativos à esfera moral sofrida pelo trabalhador deve levar em consideração diversos aspectos como o dano em si, o caráter pedagógico. Para tanto, será analisado o dano extrapatrimonial, a forma de fixação da indenização dele decorrente, a Medida Provisória (MP) nº 808, bem como a influência dos princípios na defesa da latente inconstitucionalidade do parâmetro para o tabelamento a ser definido com base no salário do ofendido, bem

como a inaplicabilidade do art. 223-G no caso de morte do empregado por acidente de trabalho.

Em suma, vale ressaltar que as discussões apresentadas neste trabalho não são de caráter exaustivo, mas procuram avaliar as principais questões, envolvidas no tema relativo ao tabelamento das indenizações baseadas no salário do ofendido.

Após essa breve exposição das linhas gerais que organizam e norteiam nosso estudo e, antes de passarmos então ao primeiro tópico, é importante frisar que o tema foi escolhido pelos critérios da *relevância* social e da *atualidade* dos casos.

2. DANO EXTRAPATRIMONIAL E FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÕES APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/17

Como dito alhures, a Reforma Trabalhista propugnou diversas alterações na CLT. Contudo, não é objetivo deste trabalho abarcar todas elas, pois vamos nos ater sobre um tema de relevo no cenário jurídico: os danos extrapatrimoniais e as indenizações dele decorrentes.

2.1. DANO EXTRAPATRIMONIAL

A terminologia dano extrapatrimonial, incluída pela reforma trabalhista na CLT (Artigo 223-A[4]), refere-se aos prejuízos de ordem não patrimonial que a pessoa física ou jurídica pode ter em decorrência de uma relação de emprego[5] e que, na legislação, doutrina e jurisprudência,

4 BRASIL. **Decreto-Lei n º 5.452, de 1 º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12 jan. 2022.

5 SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**: comentada. 51. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 446.

podem receber várias denominações, como dano imaterial, dano à pessoa, mas é comumente chamado de dano moral. O dano moral refere-se, pois, aos prejuízos de ordem extrapatrimonial que podem atingir tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica, decorrentes de evento danoso.

Sebastião Geraldo de Oliveira entende que a expressão dano extrapatrimonial, "é mais precisa porque abrange todos os danos que não têm expressão econômica e são passíveis de reparação"[6]. Contudo, apesar de a expressão mais adequada, o doutrinador conclui que a inclusão de tal terminologia na CLT foi inoportuna, uma vez que a denominação dano moral já se encontra enraizada em nossa cultura jurídica.

Pablo Stolze Gagliano e Roldolfo Pamplona Filho também asseveram que a terminologia dano moral é mais utilizada tanto na doutrina como na jurisprudência. Contudo, consideram que não é a terminologia mais adequada, uma vez que ela não abrangeria todos os danos que não são pecuniários. Entendem que "melhor seria utilizar-se termo *dano não material* para se referir a lesões do patrimônio imaterial, justamente em contraponto ao termo *dano material* [...]"[7].

No mesmo sentido, Eduardo Gabriel Saad entende que "o dano moral é a manifestação do dano extrapatrimonial, ou seja, aquele que não está vinculado ao patrimônio material da pessoa"[8]. É como se o dano

6 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Dano Extra Patrimonial Trabalhista após a Lei 13467/2017**. p. 166-183. In: HORTA, Denise Alves; FABIANO, Isabela; KOURY, Luiz Ronan Alves; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo (orgs.). Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista após o primeiro olhar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 167.

7 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 108.

8 SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**: comentada. 51. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 447.

extrapatrimonial fosse um gênero do qual o dano moral fosse uma espécie.

Assim, diante dos apontamentos acima, bem como por ser a terminologia proposta pela CLT, adotaremos neste trabalho a expressão "dano extrapatrimonial" como referência.

Dessa forma, caracteriza-se a definição de dano extrapatrimonial partindo da exclusão do que se refere ao patrimônio material do ofendido, já que a ofensa toca aquilo que é intangível, ou seja, o ânimo psíquico, a honra, a intimidade, os sentimentos, eis que sua atuação é dentro dos direitos da personalidade do indivíduo.

No entendimento de Valdir Florindo, dano moral seria aquele:

> Decorrente de lesão a honra, à dor-sentimento ou física, aquele que afeta a paz interior do ser humano, enfim, ofensa que cause um mal, com fortes abalos na personalidade do indivíduo. [...] a verdade é que podemos ser lesados no que somos e não somente no que temos.[9]

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagra em seu art. 5º, inciso X, uma gama de direitos ligados à proteção da esfera pessoal dos sujeitos, e considera como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. É prevista, ainda, a indenização por dano material e moral em caso de violação.[10]

Nesse sentido vejamos o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Roldolfo Pamplona Filho:

9 FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. P. 34.

10 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

> O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) violando, por exemplo, sua intimidade sua vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.[11]

O direito à honra está ligado ao valor moral do sujeito, bem como o que envolve a sua fama, nome, reputação e tudo o que reflete à sua dignidade pessoal vista pelos outros. O direito à imagem leva em consideração a reprodução gráfica do sujeito, seja total ou parcial, bem como a imagem da pessoa em determinado contexto, como um conjunto de fatores que representam o indivíduo e o seu reconhecimento pelo meio social.[12]

O direito à privacidade está ligado à exigência do indivíduo encontrar-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica a necessidade da vida moderna, até mesmo como elemento de saúde mental. A esfera da privacidade visa fornecer um ambiente de tranquilidade emocional no qual o indivíduo goza de plena liberdade para se destacar de um grupo, isolando-se da observação dos demais, ou, ainda, como controle das informações veiculadas sobre si mesmo.[13]

Verifica-se, contudo, que o rol constitucional sobre os direitos e garantias fundamentais não é taxativo, dado o viés materialista da

11 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3, p. 107.

12 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 307.

13 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 308.

Constituição, sendo que a hermenêutica aplicável ao caso concreto deve levar em consideração o axioma da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a partir deste princípio norteador, sendo designado por muitos doutrinadores como meta-princípio[14], irradia diversos vetores de interpretação para todos os direitos fundamentais, exigindo que o indivíduo receba sempre um tratamento moral e igual condizente com o contexto em análise. Por este motivo, baseado na Constituição Federal de 1988, a lei não dispõe de forma taxativa sobre um tabelamento dos direitos individuais passiveis de violação, tampouco sobre a reparação do dano causado.

Contrariamente ao disposto na Constituição, a CLT trouxe um rol de direitos individuais violáveis e passíveis de reparação na relação de emprego, ao estabelecer o texto do artigo 223-C, o qual dispõe que: "A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.".

Segundo a doutrina[15], o legislador errou ao enunciar uma lista supostamente exaustiva e restritiva dos direitos passiveis de reparação, uma vez que diversos direitos protegidos constitucionalmente, como, por exemplo, a vida do empregado, não foi abrangido nesse artigo. Logo, estamos perante uma limitação que não é cabível, uma vez que é impossível identificar todos os direitos suscetíveis de violação.

14 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 275.

15 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Dano Extra Patrimonial Trabalhista após a Lei 13467/2017**. p. 166-183. In: HORTA, Denise Alves; FABIANO, Isabela; KOURY, Luiz Ronan Alves; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo (orgs.). Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista após o primeiro olhar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 170.

Assim, independentemente do enquadramento do dano, havendo afronta ao indivíduo em seu patrimônio imaterial, seja por ação ou omissão, culposa ou dolosa, nasce o dever de indenizar, de acordo com o disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002 (CC/02), que assim dispõe: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Por fim, cumpre destacar que, na etiologia da responsabilidade civil, para que exista o dever de indenizar devem estar presentes três elementos, ditos como essenciais na doutrina: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta (ato ilícito), o dano e o nexo de causalidade entre uma e outro.

2.2 FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÕES POR DANO EXTRAPATRIMONIAL APÓS O ADVENTO DA LEI 13.467/17

Cabe destacar que, antes das alterações promovidas pela lei da Reforma Trabalhista na CLT, para a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais o julgador utilizava o juízo de equidade, o princípio da proporcionalidade e a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002, eis que a CLT não tinha parâmetros e/ou definições específicas acerca do tema. Segundo leciona Maurício Godinho Delgado:

> O montante indenizatório com respeito ao dano moral (inclusive o estético) é fixado pelo órgão judicante por meio de um juízo de equidade, que se harmoniza com a amplitude dos comandos constitucionais incidentes à situação em análise (art. 5°, incisos V e X, e art. 7°, inciso XXVIII da CF/). [...] Hoje o novo código dispões que a "indenização mede-se pela extensão do dano"(art. 944, CCB/2002), o que, evidentemente, não afasta o justo e

> equilibrado arbitramento judicial em situações como as inerentes o dano moral por exemplo.[16]

Alice Monteiro de Barros defende que a indenização por danos extrapatrimoniais depende da ocorrência de um dano real e não de um mero aborrecimento. Assim, configurado o dano, o nexo causal e culpa, nasce o dever de indenizar e, junto com ele, a polêmica quanto á fixação do importe da indenização.[17]

Logo, a definição do valor da indenização dependia do arbítrio judicial, em análise subjetiva, mas diante de parâmetros como gravidade da falta, intensidade e repercussão da afronta, condição social da vítima, capacidade financeira e porte do ofensor, reincidência, possibilidade de superação física e psicológica da lesão, entre outros.[18]

A partir deste ponto de vista, a fixação da indenização oriunda de danos extrapatrimoniais leva em consideração os elementos constitucionais norteadores, quais sejam, os referentes ao fato deflagrador do dano e ao próprio dano, os referentes aos sujeitos envolvidos, essencialmente a vítima e o agressor e os que se referem à própria indenização.

Segundo Maurício Godinho Delgado, fato deflagrador do dano e o próprio dano, levam em consideração a gravidade da lesão provocada, a permanência da respectiva lesão a natureza e o tipo do ato danoso, a natureza e a gravidade do bem jurídico atingido pela lesão e as circunstâncias atuantes na produção do dano, se agravantes ou atenuantes, são os elementos objetivos.[19]

---

16 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 751.

17 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. atual. por Jesse Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017. p. 432.

18 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. atual. por Jesse Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017. p. 433.

19 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 768.

Subjetivamente, tem-se como elementos os próprios envolvidos, vítima e agressor, suas condutas, posição socioeconômica, reincidência nas condutas danosas, grau de influência da conduta para a ocorrência do dano (dolo e/ou culpa), bem como atenuantes e agravantes, caso existam.[20]

No tocante aos elementos circunstanciais (a própria indenização) deve-se levar em consideração o caráter reparador da indenização, o caráter pedagógico, censório e preventivo da indenização, e a dimensão política judiciário da indenização, que impede uma indenização irrisória a ponto de não cumprir os seus objetivos, e também impede que a compensação seja exorbitante a ponto de provocar enriquecimento sem causa do beneficiário.[21]

Com a entrada em vigor do texto da reforma trabalhista, Lei nº 13.467/17, foi acrescentado o Título II-A á CLT, o qual se refere ao dano extrapatrimonial, incluindo os artigos 223-A a 223-G. Não vamos nos ater a todos os artigos desse título, uma vez que o foco do presente trabalho está ligado á fixação da indenização através do critério de tabelamento com base no salário do ofendido, de acordo com os parâmetros descritos apenas no art. 223-G, § 1°, incisos I a IV:

> Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
>
> [...] § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte

20 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 768.

21 Sobre o Critério Constitucional Prevalecente e seus elementos, consultar DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 751-754.

> vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Verifica-se que o artigo trouxe a definição de critérios objetivos para apuração dos valores devidos à vítima em razão de danos sofridos. Nesse sentido, para falar sobre esses "critérios", a doutrina e a jurisprudência utilizam as palavras tarifação e tabelamento do dano. Optamos por usar tabelamento, pois, de acordo com os ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira, que é contrário á palavra tarifa: "o vocábulo tarifa tem significado próprio na ciência jurídica e ostenta a natureza de preço público tratado no campo do direito administrativo"[22].

O tabelamento definido na CLT incute ao magistrado parâmetros objetivos quando da fixação da indenização por danos extrapatrimoniais, de acordo com o salário do ofendido e o grau da ofensa. No entanto, tal medida corrobora para a desigualdade ao imputar em casos concretos indenizações diferentes para a mesma ofensa, diante do uso de uma base de cálculo equivocada.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO TABELAMENTO DE INDENIZAÇÕES POR DANO EXTRAPATRIMONIAL SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

"A dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido"[23].

---

22 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Dano Extra Patrimonial Trabalhista após a Lei 13467/2017**. p. 166-183. In: HORTA, Denise Alves; FABIANO, Isabela; KOURY, Luiz Ronan Alves; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo (orgs.). Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista após o primeiro olhar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 178.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 951.777/DF. Relator: Min. Ari Pargendle. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 ago. 2007.

O artigo 223-G, §1º, incisos I ao IV, da CLT trouxe como base de cálculo para a fixação de indenização por danos extrapatrimoniais o salário contratual do ofendido, levando em consideração o grau da ofensa. Defende-se, por meio deste trabalho, que tal base de cálculo é inconstitucional, por afrontar princípios constitucionais

3.1 DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é princípio estabelecido no artigo 1º da Constituição da República, como fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III. A dignidade da pessoa humana é um preceito para além de qualquer conceituação jurídica, posto que se configura como uma condição inerente ao ser humano.

Nesse sentido, José Afonso da Silva descreve que "a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana"[24].

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

> Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano.[25]

24 SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. In: Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 212, p. 84, abr./jun. 1998.

25 SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

Nesse sentido, percebe-se que a dignidade da pessoa humana é deveras descartada quando observada a base de cálculo definida pela CLT para o tabelamento da fixação da indenização por danos extrapatrimoniais. Ao se imputar como adequado o parâmetro do salário do ofendido, vê-se que a pessoa humana e sua existência digna são desclassificadas, ao se permitir que idênticos danos possam gerar indenizações diversas.

No tocante à isonomia, o art. 5º caput estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Trata-se de um princípio antigo, mas que ganhou força com o advento das revoluções burguesas com a máxima histórica de que todos os cidadãos estão no mesmo patamar, merecendo do Estado o mesmo catálogo de direitos.[26]

Cabe ressaltar, em síntese, que o princípio da isonomia tem a função precípua de "obstar discriminações e extinguir privilégios sobre dois aspectos: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante à lei"[27]. A igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador, no ato do procedimento legislativo, para que não constitua normas discriminatórias causando rompimento da ordem isonômica. A igualdade perante a lei incidiria a aplicação da lei já elaborada pelos poderes e entes estatais sem, contudo, causar seleção ou discriminação entre os cidadãos.

Nesse contexto, a utilização do salário do ofendido como base de cálculo para as indenizações também fere o princípio da isonomia, eis que aqueles que antes eram tratados como iguais perante a lei, terão indenizações díspares diante da mesma ofensa.

---

26 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 294.

27 Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Agravo de Instrumento nº 360.461, Min Celso de Mello, julgado em 06.12.2005, citado por FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 295.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V, estabelece o princípio da proporcionalidade ao assegurar o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.[28] A base do princípio da proporcionalidade[29] é instituir a junção entre o fim e o meio, todas as vezes em que os meios utilizados para realizar um fim não são apropriados ou quando a desproporção entre meio e fim é particularmente evidente. Assim, torna-se fundamental a intervenção com os devidos efeitos que visa o controle do excesso.[30]

O princípio da proporcionalidade contribui para conciliar o direito formal com o direito material, de forma a suprir as exigências das transformações sociais velozes, concedendo ao juiz o poder de executar a justiça material, sem chegar, contudo, a romper com o princípio da separação dos poderes. Desse modo, de acordo com o caso concreto, cabe ao juiz determinar a reparação devidamente proporcional, em análise específica de cada caso e as situações que o compõe.

Assim, vê-se a desproporcionalidade alcançada pelo texto do §1º, incisos I a IV do artigo 223-G da CLT, ao definir que a indenização terá como base de cálculo o salário do ofendido, o qual pode variar muito, tornando casos em que os danos sofridos sejam classificados no mesmo nível de ofensa e em desmesuradas e incompatíveis compensações. Por

28 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

29 Para aprofundamento sobre o princípio da proporcionalidade ver CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 268, 271, 1297-1298; e SCHUVARTZ, Neiva. **Direitos Fundamentais Inespecíficos dos Trabalhadores**. p. 365-392. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; SCHUVARTZ, Neiva; RIBEIRO, Luciana Marques (coords.). Temas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2013. p. 375-378.

30 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 406.

essa razão, há que se fazer aqui a defesa da inconstitucionalidade da base de cálculo definida pela CLT.

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO ORIUNDA DE DANO EXTRAPATRIMONIAL

A reforma trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/17 incluiu, como dito alhures, o Capítulo II-A, o qual dispõe sobre dano extrapatrimonial e sua forma de fixação de indenizações. A inovação legislativa vem gerando inúmeras críticas, principalmente no que se refere ao tabelamento da "dor" do ofendido, notadamente por estar baseado no salário da vítima, o que pode gerar discriminação na reparação do dano.

É imperioso destacar que o art. 5º, inciso V, da CF/88 estabelece a reparação integral e a proporção do dano sofrido. Assim, um tabelamento baseado no salário do ofendido, que obviamente irá variar de empregado para empregado, de um cargo para outro, impõe limites ao julgador, uma vez que não poderá fazer uma ponderação entre os valores que estão em jogo, ficando limitado á estrita matemática da lei.

De forma ilustrativa, se o Chief Executive Officer (CEO) e o auxiliar de uma mesma empresa sofrerem as mesmas lesões devido à queda de um equipamento no chão da fábrica, e estas forem consideradas uma ofensa de grau médio, em tal caso as indenizações seriam totalmente diferentes, senão, vejamos:

Cargo	Salário	Ofensa de grau médio = 5x o salário do ofendido
CEO	R$ 50.000,00	R$ 250.000,00
Auxiliar	R$ 2.000,00	R$ 10.000,00

É injustificável que a indenização pelos danos extrapatrimoniais causados se diferenciasse entre eles em razão do critério salarial, uma vez que ambos foram submetidos à mesma situação e merecem análoga

reparação. Esse entendimento se consolida na medida em que empregados com maior status social, melhor cargo e remuneração receberiam indenizações mais vultosas em detrimento dos demais. De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira, é possível indenizações diferentes quando se trata de dano material, uma vez que, nesse caso, será utilizado um outro parâmetro, que é o real prejuízo material da vítima. Contudo, ao falar de dano extrapatrimonial o doutrinador ensina que:

> a dignidade das pessoas lesadas é a mesma, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vitima não pode orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial. [31]

No mesmo sentido, leciona Mauricio Godinho Delgado:

> O primeiro desses critérios repelidos é a consideração do *status* pessoal do ofendido no plano da sociedade civil e da sociedade política(...). Ou seja, não cabe valer-se, hoje, de parâmetro que acabe por incorporar discriminação ou valoração diferenciada injustificável entre pessoas humanas. A honra, a dignidade, a higidez física, a higidez psíquica e outros bens e valores de caráter moral são ínsitos a qualquer ser humano, independentemente de sua posição social, econômica, cultural, política, etc. Esse aspecto diferencial é tido como discriminatório, não podendo, assim, ser tomado como consideração na fixação do montante indenizatório.[32]

A Constituição da República tem como um dos seus objetivos fundamentais promover o bem comum sem discriminação, qualquer que seja ela (art. 3º, IV). Além disso, a previsão do art. 5º estabelece que

31 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Dano Extra Patrimonial Trabalhista após a Lei 13467/2017**. p. 166-183. In: HORTA, Denise Alves; FABIANO, Isabela; KOURY, Luiz Ronan Alves; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo (orgs.). Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista após o primeiro olhar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 179.

32 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 752.

"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald defendem que

> Na quantificação do dano moral, jamais o magistrado perscrutará a situação financeira do ofendido como elemento de maior ou menor impacto para o arbitramento de uma reparação. É elementar que a pobreza ou a riqueza do lesado não alteram a sua essencial dignidade. A queda de um avião não pode resultar em fixação de valores mais dilatados por danos extrapatrimoniais em prol dos parentes de passageiros falecidos que se encontravam na primeira classe em cotejo aos familiares daqueles que se encontravam na classe econômica. Qualquer distinção que se faça quanto à capacidade econômica das vítimas terá impacto na seara dos lucros cessantes, jamais do dano moral.[33]

Nesse contexto, a presente legislação trabalhista, através do art. 223-G, § 1 º e incisos, afeta sobremaneira os princípios da proporcionalidade, isonomia, e da dignidade da pessoa humana, uma vez que discrimina os trabalhadores, a contar de seus cargos e rendimentos. Quem ganha um salário maior, tem um cargo mais expressivo, receberá uma indenização muito mais vultosa do que aquele que tem um cargo/salário inferior. Nesse diapasão, encontra-se o entendimento de Mauricio Godinho Delgado:

> A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais rejeita a absolutização do tarifamento efetuado pela nova lei, considerando a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro para a

33 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 357.

> fixação indenizatória pelo Magistrado, mas sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.[34]

Ao desconsiderar as técnicas hermenêuticas que consideram o caráter material da constituição e os princípios constitucionais, a partir de uma visão literal, as conclusões a partir do art. 223-G podem culminar interpretações inaceitáveis, conforme conclusão a seguir:

> a) admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, § 1º, I, li, III e N); b) admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, § 2º); c) admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, relembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§ 3º do art. 223-G).[35]

Nesse sentido, a alteração promovida pela Reforma Trabalhista no que se refere á base de cálculo do tabelamento do dano extrapatrimonial, representa uma clara lesão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado pela Constituição de 1988 como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), o que não pode ser tolerado. Isso porque tal princípio é tão vital que denota ser o homem o centro e fim do direito, e que este último deve assegurar que todo ser humano seja respeitado como pessoa, impedindo sua degradação ou redução a condição inferior relativa à sua própria essência.

---

34 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 146.

35 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 146.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado defendem que:

> O primeiro macro aspecto de destaque do Título II - A da CLT consiste na tentativa sutil de a Lei n. 13.467/2017 descaracterizar um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, que é o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.[36]

Com toda essa discussão quanto á inconstitucionalidade do texto do artigo 223-G da CLT, houve uma tentativa de se afastar tal vício normativo com a edição da Medida Provisória n° 808/17[37] , que vinculava a indexação dos valores indenizatórios limitados ao maior benefício ao trabalhador pago através do Regime Geral da Previdência Social e não ao salário do empregado. Incluiu também o §5º, o qual dispunha que: "Os parâmetros estabelecidos no §1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes da morte".

A MP nº 808, que não foi convertida em lei e perdeu sua validade após 23 de abril de 2018, de certa forma diminuiria a discriminação proposta inicialmente pela lei, uma vez que distintos trabalhadores que sofressem a mesma ofensa de cunho extrapatrimonial, receberiam os mesmos valores, independentemente dos salários por eles percebidos individualmente e/ou cargos ocupados, mas ainda assim o caráter pedagógico não estava contemplado na MP. Com efeito, o poder econômico

36 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 144.

37 BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n º 5.452, de 1 º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 05 jan. 2022.

do agressor não tinha sido considerado pelo legislador, uma vez que tanto a multinacional como a microempresa seriam condenadas ao pagamento dos mesmos valores.

O ideal é considerar o caráter punitivo-pedagógico dos danos extrapatrimoniais, eis que, desta forma, seria possível a aplicação de valores vultosos suficientes para, de fato, atingir o patrimônio do ofensor, de acordo com sua magnitude, fazendo com que deixe de ser economicamente vantajoso lesar os empregados, desestimulando, assim, a reiteração sistemática de falhas e que o agressor continue com suas práticas atentatórias á dignidade da pessoa humana.

No tange ao fator morte do empregado, que tinha a previsão contida no §5º da MP nº 808[38], é indiscutível que é devida a indenização de danos morais e materiais aos seus familiares, decorrente da perda do ente querido que, além do sofrimento provocado, também reduz a renda familiar. Uma vez que a CLT dispõe apenas sobre as relações entre o empregado e o empregador, não seria necessário que o legislador incluísse a relação entre o empregador e os familiares na legislação trabalhista, sendo esta prevista no Código Civil, o qual dispõe sobre o dever de indenizar (artigos 186,187 e 927 do CC/02). É o chamado dano em ricochete.

Cabe ainda ressaltar que a legitimidade para ingressar em juízo, no caso de morte do empregado devido ao acidente de trabalho, é obviamente dos familiares, tanto para pleitear as indenizações quanto por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, não sendo, portanto, aceitável a disposição do art. 223-B da CLT, que prevê que somente a vítima é

38 Para aprofundar sobre o assunto ver: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença ocupacional**. De acordo com a reforma trabalhista lei n. 13.467/2017. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 171-175

titular exclusiva do direito à reparação. Caso contrário, estar-se-ia violando frontalmente o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.[39]

Apesar da competência do Poder Judiciário Trabalhista para processar e julgar os processos indenizatórios oriundos da morte do empregado, ajuizado por familiares, conforme texto do artigo 114 da Constituição, essa modalidade de ação é regida pela legislação comum e não pode ser pautado na regra estabelecida pela CLT. Por isso, e com toda a razão, a MP nº 808 tinha incluído no parágrafo 5º do artigo 223-G a informação de que o tabelamento não se aplicava em caso de morte. Assim, cabe ao julgador observar a responsabilidade civil[40] do empregador, conjuntamente com teorias[41] do risco proveito e risco profissional o grau de culpa do empregador, o dano e o nexo de causalidade dentre outros fatores previstos em lei e para formar o seu convencimento e o *quantum* indenizatório.

Diante do exposto, percebemos que o problema advindo da inclusão do artigo 223-G da CLT não está no tabelamento em si, eis que os parâmetros são importantes para balizar a decisão judicial quanto ao importe das indenizações, mas sim na base de cálculo ser vinculada ao salário do ofendido, o que traz critérios de discriminação, fere a isonomia, a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana, ao diferenciar a dor e o sofrimento dos trabalhadores por categorias financeiras.

---

39 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença ocupacional**. De acordo com a reforma trabalhista lei n. 13.467/2017. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 171.

40 Para aprofundar sobre o assunto ver: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença ocupacional**. De acordo com a reforma trabalhista lei n. 13.467/2017. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 97-113.

41 Para aprofundar sobre o assunto ver OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença ocupacional**. De acordo com a reforma trabalhista lei n. 13.467/2017. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 114-161.

Lado outro, como exceção ao tabelamento e à base de cálculo, observa-se o evento morte do empregado, que não está previsto na legislação trabalhista e deve ter a fixação de indenização própria, por meio de critérios também subjetivos, eis que a morte não se tabela, não se mede, os danos são incomensuráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, uma das mais impactantes e divergentes temáticas que vieram à baila com o advento da Reforma Trabalhista foi a inclusão do artigo 223-G, §1º e seus incisos na CLT, que dispôs sobre a fixação de base de cálculo para indenizações por dano extrapatrimonial, definidas com base no salário do ofendido.

À luz do texto constitucional, vê-se que tais alterações não merecem ser acolhidas, uma vez que afrontam princípios como a proporcionalidade, isonomia e dignidade da pessoa humana de forma manifesta. A manutenção do texto tal como está permite que dois empregados que porventura sofram danos similares, oriundos de um mesmo acidente, na mesma empresa, por exemplo, venham a ser indenizados de forma diversa, diante do patamar salarial ao qual cada um esteja vinculado.

O empregado, como ser humano que é, deve ter seus direitos resguardados e não ser tratado como objeto, que apenas vende sua força de trabalho em troca de parcas retribuições. Percebe-se que, dessa forma, o que a legislação vem propugnando é a mitigação das já escassas prerrogativas que tem o obreiro, e isso significa olvidar de sua dignidade e o valor social do seu trabalho. Dois sujeitos em situação idêntica não podem ser tratados de forma díspar, com base nos ganhos de cada um e

na respectiva posição social, sob pena de afronta a todo o ordenamento jurídico pátrio, quiçá ao Estado Democrático de Direito.

Devemos ressaltar que esta pesquisa não se mostra contra a existência de um tabelamento para a fixação de indenizações, até mesmo porque o caráter objetivo da lei conduz a uma maior segurança jurídica e permite que o julgador aplique a lei aos casos concretos com base em parâmetros verificáveis, o que direcionaria ao objetivo maior da realização da justiça. A crítica desenvolvida neste trabalho é direcionada à base de cálculo, que se mostra ineficaz, prejudicial e afrontosa ao texto constitucional.

Demais disso, percebemos que o texto vigente do artigo em debate não faz diferenciação entre os tipos e tamanhos de empresas quando se fixa o parâmetro para a indenização, o que impede a possibilidade de que as reparações tenham fim pedagógico, de tal forma que empresas de grande porte paguem maiores valores, condizentes com seus ganhos e, da mesma maneira, empresas menores paguem valores menores, a fim de coibir efetivamente novas práticas dessa natureza e incentivar a prevenção, a adoção de melhores condições de trabalho, e a promoção dos ditames constitucionais do valor social do trabalho.

Destacamos, ainda, que o artigo 223-G não trata da fixação de indenização quanto ao evento morte do empregado. Entendemos que, em tais circunstâncias, não é cabível a fixação de base de cálculo ou o próprio tabelamento, uma vez que o dano advindo da morte não é passível de ser mensurado apenas objetivamente.

O dano causado nessa esfera viola bens jurídicos inerentes à personalidade do ser humano, e o arbitramento de uma indenização deve ser feito considerando a complexidade e a particularidade de cada caso, em respeito aos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da

pessoa humana e da proporcionalidade, norteadores da convicção jurisdicional diante de situações reais, e não apenas em face de valores e padrões preestabelecidos, como pretende a nova lei. A família do empregado pleiteará a indenização pelos danos extrapatrimoniais na esfera trabalhista, mas, com o apoio da legislação comum, poderá dar arcabouço adequado às decisões judiciais, na tentativa de torná-las mais próximas da real magnitude do dano sofrido.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. atual. por Jesse Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n º 5.452, de 1 º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 951.777/DF. Relator: Min. Ari Pargendle. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 ago. 2007.

CAMPOS MACHADO, Leandro. **O dano moral na relação de trabalho**: uma abordagem jurisprudencial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9393. Acesso em: 10 nov. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3: Responsabilidade civil.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral**: a violência perversa no cotidiano. Tradução de Maria Helena Kühner. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Dano Extra Patrimonial Trabalhista após a Lei 13467/2017**. p. 166-183. In: HORTA, Denise Alves; FABIANO, Isabela; KOURY, Luiz Ronan Alves; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo (orgs.). Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista após o primeiro olhar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença ocupacional**. De acordo com a reforma trabalhista lei n. 13.467/2017. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**: comentada. 51. ed. São Paulo: LTr, 2019.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHUVARTZ, Neiva. **Direitos Fundamentais Inespecíficos dos Trabalhadores**. p. 365-392. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; SCHUVARTZ, Neiva; RIBEIRO, Luciana Marques (coords.). Temas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2013.

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. In: Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 212, p. 84, abr./jun. 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

6

TRABALHADOR "UBERIZADO": NOTAS ACERCA DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR DO FUTURO

Diego Sena Bello [1]
Paula Jaeger da Silva [2]
Pedro Henrique Daudt [3]

1. INTRODUÇÃO

As relações laborais vêm sofrendo nos últimos anos intrínsecas alterações em decorrência da denominada Revolução Tecnológica, de tal modo que se faz necessário revisitar os princípios norteadores do direito do trabalho com vistas a produzir respostas juridicamente adequadas a esse fenômeno.

Nesse cenário, a presente pesquisa visa responder o seguinte problema: de que forma alcançar ao trabalhador "uberizado" a tutela do princípio da proteção, mesmo que não seja reconhecido o vínculo de emprego?

Para responder o problema supracitado, a presente pesquisa parte inicialmente da compreensão do princípio da proteção, construindo a base teórica a partir da abordagem da sua definição doutrinária, bem como, a contextualização histórica e legal, com o objetivo de

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista vinculado à CAPES. Advogado.

2 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogada.

3 Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Advogado.

demonstrar sua constante evolução e transformação, no passar dos anos, a qual ocorre com evidente propósito de proteger e evoluir na busca da igualdade social.

Posteriormente, dedica-se a pesquisa especificamente a analisar o ora denominado trabalhador "uberizado", analisando suas características, bem como, suas condições de trabalho e peculiaridades, em razão do seu novo modelo de trabalho, de modo a delinear o parâmetro de proteção que deve ser aplicado a essa relação, mesmo que superada a discussão acerca da (in)existência de vínculo de emprego, tudo à luz do princípio da proteção, o qual é utilizado como fio condutor da presente pesquisa.

Por fim, será abordado o futuro do trabalho, com uma análise da crescente evolução e transformação das formas e modelos de trabalho, bem como, determinados desdobramentos da legislação trabalhista, em decorrência disso. Dessa forma, ao final, serão analisadas, as relações entre o trabalhador "uberizado" e a plataforma de intermediação, mas com o foco na necessidade de determinados benefícios e proteções.

Dessarte, para desenvolvimento da pesquisa ora apresentada, utiliza-se da metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, auxiliado pelos métodos de procedimento histórico, comparativo e funcionalista. No tocante ao tipo de pesquisa bibliográfica, essa é descritiva, coletando conceituações doutrinárias e informações jurídicas sobre a matéria em questão, em uma pesquisa de natureza exploratória.

2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A TUTELA DO EMPREGADO

Inicialmente, importante esclarecer que, os princípios, de uma maneira ampla, nada mais são do que, a base fundamental, que norteiam e

inspiram o regramento jurídico, uma vez que, direcionam o legislador e orientam a interpretação da legislação, com base em sua definição própria, encontrada em cada um dos inúmeros princípios existentes. Ainda, na origem dos princípios há, enraizado em si, uma solução, quando existir conflito entre dois regramentos, momento em que, deveremos adotar a condição mais benéfica.[4]

Nesse sentido, o princípio da proteção, nada mais é do que, um dos inúmeros princípios existentes em nosso ordenamento jurídico, que norteia e inspira o direito do trabalho, bem como todas as suas relações contratuais existentes, mas com o principal propósito de proteger.[5]

Dessa forma:

> O princípio da proteção, assim, corresponde a um critério de orientação (ao legislador, ao julgador, ao intérprete e ao sistema jurídico), em defesa da parte considera, desde uma perspectiva lógica, a mais fraca na relação jurídica-laboral, com o objetivo de reduzir a assimetria (em outras palavras, a desigualdade social) existente entre empregado e empregador.[6]

No caso específico do princípio da proteção, o seu principal propósito, como seu próprio nome expressa, é proteger. A proteção nesse caso, é voltada para a ideia de uma igualdade social, protegendo as pessoas que possuírem poderes e capacidades desiguais em relação a

4 COLUSSI, Luiz Antonio. COLUSSI, Fernando Augusto Melo. ODS 8 e o Princípio da Proteção no Direito Constitucional do Trabalho. Rio Grande do Sul: Revista da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho, 2019. p. 77-78.

5 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 28-30.

6 LAZZARIN, Helena. STÜRMER, Gilberto. Desproteção Social aos Trabalhadores Informais: a retomada às sociedades industriais e a consequente violação ao princípio protetivo.

outras, intervindo, sempre, em favor do hipossuficiente, com o propósito de tentar equilibrar a relação.[7]

Nesse sentido, conforme aponta MARTINEZ[8]:

Há relações jurídicas em que os sujeitos estão em postura de igualdade substancial e, consequentemente, em posição de equivalência contratual. Diante dessas relações, a atuação estatal esperada é exatamente a de não privilegiar um contratante em detrimento de outro. Esse figurino contratual, entretanto, não pode ser conservado quando evidente a dessemelhança de forças ou de oportunidades entre os sujeitos das relações contratuais.

Assim, o princípio em questão surge para contrabalançar a relação desequilibrada existente, uma vez que se entende que há uma relação desigual entre empregador e empregado, pois, o empregador detém o poder, impõem as condições com suas cláusulas unilaterais, enquanto que o empregado possui dependência econômica, não podendo opor-se, somente aceitar as regras impostas, portanto, estando em condição inferior em relação ao empregador.[9]

Ademais, o propósito do princípio acaba sendo direcionado à tutela do trabalhador, considerado a parte hipossuficiente, lhe amparando, nivelando a relação contratual, pois há preocupação com a integridade física e a saúde, por tratar-se de uma preocupação coletiva, para que não ocorra mais o empobrecimento do trabalho como na época das sociedades industriais.

7 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 30.

8 MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 153.

9 DRAY, Guilherme Machado. O Princípio da Proteção do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2015. p.45-46.

A proteção pretendida visa romper as amarras que existiam quando das sociedades industriais, em razão das condições degradantes de trabalho existentes à época, como, por exemplo, jornadas esgotantes, exploração do trabalho da mulher e menores de idade, assim como as punições ao empregado, entre tantas outras situações históricas, quando os trabalhadores eram privados de toda e qualquer segurança, com imposições unilaterais por parte do empregador.[10]

Dessa forma, o princípio visa estabelecer uma tutela, mas sempre direcionada aos trabalhadores, uma vez que sujeitos de direito, carentes de proteção. A proteção em questão vai além da definição encontrada no cerne da definição do princípio, pois, podemos encontrá-la, em nossa Constituição Federal, na Organização Internacional do Trabalho – OIT, bem como, na agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU.

Em nossa Constituição Federal[11], por exemplo, há nos art. 7º e 8º, os quais elencam uma série de direitos trabalhistas, o mesmo status de direitos fundamentais, com cláusulas imutáveis e protetivas ao empregado. Na leitura dos dispositivos em questão, pode-se, inclusive, identificar que, expressamente, são referidos direitos dos trabalhadores, visando a melhoria da sua condição social, preocupação essa, inserida no princípio em estudo.

Já, na OIT[12], através dos seus temas, como, por exemplo, o trabalho decente, podemos identificar o princípio da proteção, uma vez que, a Organização Internacional, trouxe a preocupação em promover a justiça

10 LAZZARIN, Helena. STÜRMER, Gilberto. Desproteção Social aos Trabalhadores Informais: a retomada às sociedades industriais e a consequente violação ao princípio protetivo.

11 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 nov. 2021.

12 OIT. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/lang--pt/index.htm. Acesso em: 07 nov. 2021.

social, através dos temas e de suas demais recomendações e convenções existentes, com limitação de jornadas, segurança no trabalho, trabalho da mulher e do menor, entre outros.

Na ONU[13], por sua vez, podemos identificar o princípio da proteção, por exemplo, através do Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, Objetivo 8, em que, busca promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todas e todos, bem como, através da agenda 2030[14], onde firmaram declaração global, para o desenvolvimento sustentável.

Portanto, podemos evidenciar que, o princípio da proteção transcende a história, pois desde as sociedades industriais, está em constante evolução e transformação, uma vez que, além de orientar o direito do trabalho, pela sua raiz principiológica, vem sendo reforçado mundialmente, com o único propósito de proteger e evoluir na busca de igualdade social.

Entretanto, uma preocupação emergente que acaba surgindo é, em relação a determinados trabalhadores informais, como, por exemplo, os motoristas de aplicativo, em decorrência da ausência de tutela a esses trabalhadores. Surge então, a proposta de problema desta pesquisa, qual seja, de que forma alcançar, ao trabalhador "uberizado", a tutela do princípio da proteção, mesmo que não seja reconhecido o vínculo de emprego?

A preocupação, portanto, decorre da tutela do direito do trabalho que atualmente centra-se na relação de emprego e, por conseguinte, na

13 ONU. Organização das Nações Unidas. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/05/ods-8--sobre-trabalho-decente-e-crescimento-econmico---um-dos-objetivos-do-ms-em-maio.html. Acesso em: 07 nov. 2021.

14 ONU. Organização das Nações Unidas. Disponível em: https://brasil.un.org/. Acesso em: 25 nov. 2021.

figura do empregado. Sabe-se que o trabalho "uberizado" se distingue da relação de emprego, mas não justifica uma ausência de proteção, haja vista que, como trabalhadores, são obviamente dotados de direitos. Desse modo, se faz necessário, compreender esse modelo de trabalho – aqui denominado de trabalho "uberizado", bem como, os principais aspectos que demandam uma atuação protetiva, para ao final discorrer acerca do trabalho do futuro e do princípio da proteção nesse "novo" ambiente, de modo a identificar, então, qual seria a proteção desses trabalhadores.

3. O TRABALHADOR "UBERIZADO" E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO

A sociedade vive em constante mutação, sendo que nos últimos anos essa metamorfose tem se acelerado devido aos impactos dos avanços tecnológicos na área da informática e da comunicação, gerando o que se convencionou chamar de Revolução Tecnológica ou Quarta Revolução Industrial. Ocorre, entretanto, que as revoluções anteriores acarretavam mudanças e demandavam adaptações ao longo de anos, mas a revolução tecnológica, pelo contrário, não nos concederá um lapso temporal muito longo para adaptações, obrigando uma célere adaptação social e jurídica.[15]

15 Nesse sentido alertam Denise Pires Fincato e Guilherme Wunch, *in verbis:* "Importante ressaltar que a humanidade já passou por inúmeras revoluções, as quais alteraram a forma de trabalho e de sustento do ser humano. Toda revolução (industrial) acarreta mudanças profundas no sistema vigente, nesse caso ligada diretamente à indústria e à economia advinda dela. No entanto, nenhuma acarretou tantas mudanças como a chamada Quarta Revolução Industrial, consequência direta do florescimento da indústria 4.0. As Revoluções refletem e acarretam mudanças que serão sentidas, aplicadas e adaptadas durante anos. Entretanto, dada a velocidade e intensidade com que as transformações estão acontecendo na atualidade, aparentemente, o espaço temporal para a consolidação das mudanças, conforme ocorrido nas três primeiras revoluções, não irá se repetir.".

Nessa esteira, pertinente citar Klaus Schwab,[16] quando afirma que "[...] a velocidade da inovação em termos de desenvolvimento e ruptura está mais rápida do que nunca. Os atuais disruptores – Airbnb, Uber, Alibaba e afins – que hoje já são nomes bem familiares, eram relativamente desconhecidos há poucos anos.".

Vê-se que um dos exemplos citados pelo autor é justamente aquele que denomina a nova realidade laboral vinculada ao trabalho em plataforma ou, como denominado no presente artigo, trabalho uberizado. É indiscutível que a Uber foi paradigmática no aspecto trabalhista, uma vez que, o objetivo primordial dessa plataforma, segundo consta no seu site, é aproximar o prestador de serviços e o cliente. Além disso, verifica-se que o trabalho uberizado, mesmo sendo informal, atende uma necessidade dos indivíduos de alcançar renda (principal ou extra) a partir do trabalho, de modo a atender suas necessidades mais básicas.

Esse contexto social e laboral acomoda-se na denominada "gig economy", que, nos termos do *Cambrige Dictionary*,[17] é definida como "Uma forma de trabalho baseada em pessoas que têm empregos temporários ou fazem atividades de trabalho freelancer, pagas separadamente, em vez de trabalhar para um empregador fixo".

Nesse sentido, Andre Gonçalves Zipperer observa que é "uma maneira de organizar o trabalho onde as pessoas têm ocupações temporárias e curtas, muitas vezes, nem sempre, para diferentes

16 SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira. São Paulo: Edipro, 2016, p. 18.

17 GIG ECONOMY. *In:* **Cambridge Dictionary**. [*S.l.*], [2019]. Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/gig-economy. Acesso em: 11 set. 2021.

tomadores ou requerentes"[18] Assim sendo, como destaca Paula Jaeger da Silva:[19]

> [...] a gig economy permite que os trabalhadores tenham autonomia para decidir quando e onde vão trabalhar, possibilitando que o labor seja compatível com outras atividades da sua rotina, como por exemplo levar e buscar filhos na escola ou como fonte de renda extra para as famílias que exercem atividades tradicionais.

Desse cenário decorre, como apontam Helena Lazzarin e Gilberto Stürmer,[20] "[...] um novo modelo de trabalho: informal, flexível e por demanda.", o qual gera impactos no tocante à proteção dos trabalhadores. Ciente dessa situação, a Organização Internacional do Trabalho desenvolveu uma pesquisa denominada "As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital". Nota-se a preocupação da OIT com esse novo cenário laboral, bem como com a necessidade de alcançar a esses trabalhadores um trabalho digno.

No Brasil muito se discute se essa relação é ou não uma relação de emprego, contudo, entende-se que à luz dos pressupostos normativos necessários para o reconhecimento de um vínculo de emprego, bem como à realidade do trabalho uberizado não se pode concluir pela existência de vínculo.

---

18 ZIPPERER, André Gonçalves. **A intermediação de trabalho via plataformas digitais**: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI. São Paulo: LTr, 2019. p. 47.

19 SILVA, Paula Jaeger. **O trabalho nas plataformas digitais de intermediação: estudo sobrea natureza jurídica da relação com os motoristas de aplicativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 105.

20 LAZZARIN, Helena. STÜRMER, Gilberto. **Desproteção Social aos Trabalhadores Informais: a retomada às sociedades industriais e a consequente violação ao princípio protetivo**. (No prelo.). p. 12.

Sobre esse aspecto, pertinente a lição de Paula Jaeger da Silva[21] ao firmar que:

> [...] o caminho a ser trilhado não deve ser o de encaixar essa nova relação de trabalho do motorista de aplicativo na modalidade de emprego, seja pela ausência dos elementos exigidos para tanto, se considerados a suas acepções clássicas, seja pela percepção de que a sociedade têm trilhado um caminho em sentido a um mercado de trabalho mais flexível e que permite uma concorrência globalizada, tendo em vista a realidade de trabalho proporcionada pelos avanços da Tecnologias da Informação e Comunicação.

Entretanto, não reconhecer o vínculo de emprego não pode afastar desses trabalhadores a proteção juslaboral, haja vista a premente necessidade verificada na prática e bem delineada na pesquisa supracitada realizada pela OIT. No referido estudo, identifica-se dois pontos nevrálgicos que demandam atenção em relação ao trabalhador de plataforma, quais sejam: a) remuneração; b) proteção social;

No tocante ao primeiro aspecto, qual seja, a remuneração, verifica-se, segundo dados quantitativos elencados na pesquisa desenvolvida pela OIT que a remuneração dos trabalhadores de plataformas é relativamente baixa quando comparada com identifica função no mercado formal de trabalho. A pesquisa apontou que, "em 2017, em média, um trabalhador ganhava 4,43 USD por hora considerando apenas o trabalho remunerado", sendo que o salário-mínimo federal naquela ocasião era de 7,25 USD.[22]

---

21 SILVA, Paula Jaeger. **O trabalho nas plataformas digitais de intermediação: estudo sobrea natureza jurídica da relação com os motoristas de aplicativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 118.

22 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital.** Bureau Internacional do Trabalho: Genebra, BIT, 2020. p. 49.

No Brasil, em uma rápida pesquisa na internet identifica-se algumas páginas apontando que a remuneração do motorista de aplicativo, por exemplo, é variável de acordo com a quantidade de horas trabalhadas, mas afirma-se que para uma jornada de 6-9h por dia de trabalho o motorista recebe líquido entre R$ 120,00 e R$ 180,00.[23] Multiplicando-se esse valor por 22 (vinte e dois) dias – considerando os dias úteis de um mês – chegar-se-á em uma remuneração mensal média de R$ 3.300,00 (três mil e trezentos reais), ou seja, 03 (três) salários mínimos.

Necessário registrar que esses valores são estimados, bem como englobam toda a receita líquida do trabalhador, não havendo qualquer outro direito, como é devido na relação de emprego. Assim, não se pode afirmar que a remuneração auferida é suficiente para atender as necessidades desse trabalhador, bem como viabilizar sua proteção social.

Esse é, portanto, um ponto que merece atenção no aspecto protetivo desse trabalhador, inclusive porque a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 23 estabelece que "todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social".

O segundo aspecto refere-se à proteção social e demanda uma atenção pormenorizada, uma vez que os impactos sociais dessa problemática ultrapassam os agentes da relação e, ao fim e ao cabo, são absorvidos por toda a sociedade, o que, portanto, demanda uma atuação conjunta da sociedade, da academia e do direito, em prol de alcançar proteção social a esses trabalhadores. Como esclarecem Helena

23 QUANTO ganha um motorista Uber por dia?. In: Motorista Elite. Disponível em: https://motoristaelite.com/ganhos-diarios-de-um-uber/. Acesso em: 02 nov. 2021.

Lazzarin e Gilberto Stürmer,[24] "[...] a desproteção previdenciária (na medida em que, devido à ausência de contribuições, os trabalhadores não terão direito à aposentadoria e a benefícios como o auxílio-doença)".

A pesquisa realizada pela OIT identificou em 2017 uma clara inexistência de proteção social, apontando que de um conjunto de 10 os trabalhadores uberizados apenas seis possuíam alguma forma de cobertura relativa a seguro de saúde, um número menor (35%) um plano de pensão ou de reforma e 37% alguma forma de segurança social.

Importante gizar, nessa esteira, que a proteção social é um direito de todo homem previsto em âmbito constitucional e internacional, uma vez que à Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 22, que "todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização [...] dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade [...]"[25]

Sobre a relevância do tema, ponderam Helena Lazzarin e Gilberto Stürmer,[26] que "Estar em uma insegurança permanente é não poder controlar o presente nem planejar o futuro, é o chamado estado de "imprevidência social", que faz da vida um combate pela sobrevivência dia após dia, cuja saída é cada vez mais incerta.".

Dessarte, ratifica-se a importância de construir, à luz do princípio da proteção e da hermenêutica constitucional, uma base protetiva capaz

24 LAZZARIN, Helena. STÜRMER, Gilberto. **Desproteção Social aos Trabalhadores Informais: a retomada às sociedades industriais e a consequente violação ao princípio protetivo.** (No prelo.). p. 13.

25 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2021

26 LAZZARIN, Helena. STÜRMER, Gilberto. **Desproteção Social aos Trabalhadores Informais: a retomada às sociedades industriais e a consequente violação ao princípio protetivo**. (No prelo.). p. 13.

de alcançar a esses trabalhadores uberizados uma proteção suficientemente adequada no novo mundo do trabalho. A título preliminar, mister salientar a importância dos sindicatos e da negociação coletiva de trabalho nesse cenário, uma vez que, a partir desses, é possível construir direitos e obrigações recíprocas entre os agentes dessa relação, de modo a viabilizar um futuro do trabalho devidamente protegido, mas sem prejudicar o livre exercício da atividade econômica.

Por fim, cabe referir que o trabalho nas plataformas digitais não é apenas sinônimo de prejuízo aos trabalhadores, pelo contrário, há diversas circunstâncias que são benéficas, as quais por ora não são devidamente detalhadas em virtude do problema central da pesquisa ser a proteção desse trabalhador, mas cita-se, a título de exemplo e para contraponto, a possibilidade identificada na pesquisa realizada pela OIT[27] de os trabalhadores estabelecerem o seu próprio horário de trabalho e de trabalharem a partir de casa ou em outro local da sua escolha. Indiscutivelmente essa flexibilidade contribui para a saúde do trabalhador, bem como para uma maior interação social e familiar, uma vez que, gerenciando a sua carga horária de trabalho, pode o trabalhador aproveitar momentos de lazer com a família e amigos. Certamente essa possibilidade será viabilizada quando alcançado um padrão mínimo remuneratório, motivo pelo qual um dos aspectos que demandam proteção, conforme já explicitado, refere-se à remuneração desses trabalhadores.

Dessarte, é preciso refletir acerca do futuro do trabalho com um enfoque na busca de uma proteção mais adequada e suficiente ao

27 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital.** Bureau Internacional do Trabalho: Genebra, BIT, 2020. p. 67.

trabalhador uberizado, mas, como já amplamente referido, sem prejudicar a atividade econômica. Não se pode pensar em trabalho e direitos trabalhistas sem uma atividade economicamente saudável e lucrativa, é preciso superar a dicotomia muitas vezes trabalhada sob o viés de capital x trabalho e pensar na coligação e no crescimento conjunto desses dois agentes.

4. O FUTURO DO TRABALHO

A partir das mudanças de paradigmas advindos das alterações da sociedade, em especial da globalização e dos avanços tecnológicos, imprescindível que o Direito do Trabalho seja revisitado para fins de um afinamento com a realidade, caso contrário: "o Direito do Trabalho já não se sustentará, sequer como instrumento para o alcance da justiça social, quanto mais como ramo autônomo da ciência jurídica, o que o levará à perda de sentido."[28]

Vale destacar que, nesta linha de pensamento, países como Itália[29] e Espanha[30] criaram legislações para atender as demandas das empresas pela flexibilização das formas de trabalho, instituindo relações mais adequadas às realidades do mercado de trabalho, além de conferir maior

28 FINCATO, Denise Pires; SILVA, Jaqueline Mielke. Interpretação sistêmica e sustentabilidade jurídica: a necessária (re)construção do Direito do Trabalho. **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, v. 10, n. 19, p. 1-24, 2019.

29 Na Itália a denominada a reforma Biagi criou a figura do contrato de trabalho a projeto, previsto nos artigos 61 a 69 do Decreto Legislativo no 276 de 10 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl1.htm.. Acesso em: 05 set. 2021.

30 A Espanha publicou a Lei nº 20 em 11 de julho de 2007 que instituiu o Estatuto do Trabalhador Autônomo, que regula tanto atividade do trabalhador autônomo tradicional como a atividade do trabalhador autônomo economicamente dependente, também chamado de "TRADE". Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf>. Acesso em 30 de set 2021.

segurança jurídica para as relações híbridas, que podem ser consideradas autônomas, porém, com traços típicos de trabalho subordinado.

Assim, acredita-se que cabe ao Direito do Trabalho dar aos trabalhadores da categoria híbrida proteção de forma diferenciada das demais modalidades de trabalhadores, exatamente por carregarem em seu bojo algumas particularidades e também características tanto de uma relação de emprego quanto de um trabalho autônomo.

Neste mesmo sentido de entender insuficiente os modelos tradicionais para enquadrar as novas realidades de trabalho, Monereo Pérez[31] aconselha que "*se ponga en práctica una opción política legislativa más expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo*"[32] e propõe que seja feita uma valoração de opção política do Direito, existindo um chamado "círculo interno" onde estariam localizados os trabalhadores subordinados destinatários da proteção tradicional e um "círculo externo", onde se localizaria outros estatutos profissionais com tutela diferenciada para trabalhadores não subordinados, sendo que neste último se localizariam os motoristas de aplicativo.

Também se partilha do ensinamento de Delgue[33] ao sustentar que ao se admitir a existência de sistemas diferentes de organização de trabalho, deve-se produzir normas que levem em consideração essa diversidade, pois "*Ignorar el fenómeno, significaría –como ha acontecido*

31 MONEREO PÉREZ, José Luis. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la "era de la flexibilidad". **Revista Derecho del Trabajo**, Montevideo, n. 10, jan./mar. 201. p. 47-48.

32 Tradução livre: "se ponha em prática uma opção política legislativa mais expansiva do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho".

33 DELGUE, Juan Raso. La economía virtual: nuevos retos para el derecho del trabajo. **Revista Derecho Laboral**, Montevideo, t. LIX, n. 262, abr./jun. 2016. p. 269.

hasta el presente- legislar solo para los trabajadores del primer círculo, los privilegiados (y cada vez menos numerosos) trabajadores típicos"[34].

Por sua vez, Todolí Signes[35] defende a criação de uma relação laboral especial a partir de uma normativa que permita a evolução da nova economia, devendo se adaptar os preceitos legislativos que são incompatíveis com o novo modelo de negócio à realidade e singularidade da nova indústria.

Deste modo, vale destacar que em 2006 nos Estados Unidos, foi lançado o Projeto Hamilton, uma iniciativa de política econômica na *Brookings Instituition* (organização não governamental norte-americana dedicada a pesquisas que buscam resolver os problemas da sociedade) e que conta com a participação de líderes como Milton Friedman (economista da Escola de Chicago), empresários e formuladores de políticas públicas.[36]

Dentre as pesquisas divulgadas pela instituição encontra-se o projeto de modernização das leis trabalhistas proposto por Seth D. Harris (Universidade de Cornell) e Alan B. Krueger (Universidade de Princeton) cuja ideia principal é a criação da figura híbrida do "trabalhador independente", levando em consideração os trabalhadores da *gig economy* (*on-line e off-line*)[37].

---

34 Tradução livre: "Ignorar o fenômeno significaria – como tem acontecido até o presente – legislar somente para os trabalhadores do primeiro círculo, os privilegiados (e cada vez menos numerosos) trabalhadores típicos".

35 SIGNES, Todolí. **El contrato de trabajo en el S. XXI**: La economía colaborativa, On-demand economy, Crowdsorcing, Uber economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2705402. Acesso em: 13 out. 2021.

36 THE HAMILTON PROJECT. Disponível em: https://www.brookings.edu/. Acesso em: 4 nov. 2021.

37 HARRIS, Seth D.; KRUEGER, Alan B. **A proposal for modernizing labor laws for twenty-first century work**: the "independent worker". Washington, DC: The Hamilton Project, Dec. 2015. Disponível em: https://www.hamiltonproject.org/papers/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_independent_worker. Acesso em: 4 nov. 2021.

Então, a proposta de Harris e Krueger ao defender a criação da categoria "trabalhadores independentes" é de estender a estes trabalhadores alguns benefícios e proteções que os empregados recebem, incluindo a liberdade de organizar e negociar coletivamente, proteções de direitos civis, retenção de impostos e contribuições do empregador para impostos sobre os salários. Também referem que por ser conceitualmente impossível atribuir as horas de trabalho do trabalhador à um único intermediário, os trabalhadores independentes não se qualificariam para benefícios baseados em horas, incluindo horas extras ou requisitos de salário-mínimo.[38]

Além disso, os trabalhadores não seriam cobertos pelo programa de seguro-desemprego ou seriam obrigados a contribuir com impostos para financiar esse programa. No entanto, as plataformas intermediárias teriam permissão para reunir trabalhadores independentes para fins de compra e fornecimento de seguros e outros benefícios a um custo menor e maior qualidade, sem o risco de que seu relacionamento seja transformado em um relacionamento de emprego.[39]

Veja-se que a proposta dos autores americanos supracitados vai ao encontro do ordenamento espanhol e italiano ao criarem figuras intermediárias para as relações de trabalho, conforme já referido.

Desta forma, quando se identifica uma situação de incompatibilidade com a legislação, é possível a eleição de norma expressa que atenda

38 HARRIS, Seth D.; KRUEGER, Alan B. **A proposal for modernizing labor laws for twenty-first century work**: the "independent worker". Washington, DC: The Hamilton Project, Dec. 2015. Disponível em: https://www.hamiltonproject.org/papers/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_independent_worker. Acesso em: 4 nov. 2021.

39 HARRIS, Seth D.; KRUEGER, Alan B. **A proposal for modernizing labor laws for twenty-first century work**: the "independent worker". Washington, DC: The Hamilton Project, Dec. 2015. Disponível em: https://www.hamiltonproject.org/papers/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_independent_worker. Acesso em: 4 nov. 2021.

tal especificidade, sem que seja necessário alterar as demais características mantidas do sistema jurídico, como por exemplo, a norma criada ao exercente de cargo de confiança que se encontra excluído do regime de controle de jornada e o caso do empregado hiperssuficiente que tem a possibilidade de livre estipulação dos moldes de sua contratação.[40]

Percebe-se que não seria a primeira vez que o legislador teria de dar um tratamento especial a dada situação diferenciada, pois quando se trata de profissões que são caracterizadas por um conjunto de particularidades que não se inserem no ordenamento jurídico, são criadas regulamentações próprias a título de exceção, tal como foi feito com os bancários, professores, ferroviários, etc.

Neste sentido, com o intuito de dar maior robustez ao argumento de que é possível e até mesmo necessário tratar modalidades de trabalho específicas com regramento diferenciado faz-se uma analogia com o caso da Lei nº 13.352 de 2016, conhecida como a "Lei do Salão Parceiro", que dispõe sobre a possibilidade de contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades de cabeleireiro, barbeiro, esteticista, manicure, pedicure, depilador e maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza.

Tal lei regulou uma prática comum em que os profissionais acima referidos prestavam serviços em salões de beleza sem qualquer tipo de contrato e recebiam conforme os serviços realizados, sendo que uma parte do valor seria repassado ao salão de beleza pela utilização do espaço. Este tipo de relação por vezes resultava em reclamatória trabalhista, na qual havia o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego entre o profissional e salão de beleza.

---

40 ZIPPERER, André Gonçalves. **A intermediação de trabalho via plataformas digitais**: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI. São Paulo: LTr, 2019. p. 161.

Assim, diante da averiguação de que a situação merecia um tratamento especial, o legislador regulamentou que seria possível a celebração de um contrato de natureza civil entre as partes, sem que haja vínculo de emprego. Desta forma, os trabalhadores dos salões de beleza poderão exercer sua atividade como empresários, microempresários ou microempreendedores individuais - MEI (artigo 1ª, parágrafo 7º da Lei nº 13.352/2016) o que contribui para a redução de tributos, já que esta modalidade de contrato desobriga as empresas de arcar com encargos como 13º salário, pagamento da contribuição previdenciária e FGTS. Já para o profissional parceiro esse modelo de contratação oferece mais segurança, uma vez que poderá acordar com o salão parceiro as condições de trabalho, além de ser possível a adesão ao MEI, possibilitando ao trabalhador ter acesso a benefícios como aposentadoria, benefício por incapacidade e maternidade com pagamento de contribuição previdenciária com alíquota reduzida (de 5%, conforme artigo 21 § 2º, inciso II da Lei nº 8.212/1991).

À vista disto, considerando existir entre o trabalhador e a plataforma de intermediação uma relação de trabalho (enquanto gênero), defende-se a ideia de que o seu contrato formalizador esteja sob a égide da Justiça do Trabalho, tendo em vista que o artigo 114, incisos I e IX, da CF, dispõem que compete a esta Justiça Especializada processar e julgar as ações decorrentes das "relações de trabalho" e não apenas das "relações de emprego".

Ressalta-se que a abertura da abrangência da Justiça Laboral (decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004) permite que diversas relações de trabalhos se enquadrem em sua competência de julgamento, o que proporciona que esta não se torne obsoleta e restrita a um número ínfimo de empregados, afinal, cada vez menos trabalhadores são

empregados, mas sim, são trabalhadores que exercem alguma relação de trabalho diversa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cenário atual em que milhares de brasileiros são "trabalhadores de aplicativos", sendo estes considerados informais por não contarem com o reconhecimento de vínculo de emprego, e, portanto, não serem destinatários do princípio da proteção vigente no Direito do Trabalho, inegável a preocupação de como oferecer alguma proteção laboral para estas pessoas.

Por isso, com o intuito de colaborar com a sociedade e trazer à baila esta discussão para o cenário acadêmico, este estudo buscou abordar uma forma de alcançar ao trabalhador "uberizado" a tutela do princípio da proteção, ainda que não seja reconhecido o vínculo de emprego.

Parte-se da ideia de que na relação entre os trabalhadores e as plataformas digitais de intermediação não se está diante de uma relação de emprego, pois não se vislumbram integralmente os elementos caracterizadores desta modalidade (artigo 2º e 3º da CLT). Do mesmo modo, entende-se que a relação não conta com total autonomia do trabalhador, e, portanto, este também não pode ser considerado "autônomo". Assim, a proposta é de que os trabalhadores de aplicativos sejam enquadrados em uma modalidade "híbrida" ou terceira via, se afastando da dicotomia empregado *versus* autônomo, existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Entendido que o trabalhador de aplicativo pertence a uma categoria própria, propõe-se que a estes seja estendida certa proteção. Essa necessidade da flexibilização laboral vem ganhando adeptos, especialmente em decorrência das diversas formas de relacionamento laboral, de consumo

e de serviços que surgiram nos últimos anos e que parecem estar na chamada "zona cinzenta" entre subordinação e autonomia.

Vale ressaltar que não se busca a criação de uma categoria de trabalho específica para atender os anseios empresariais, mas sim, que seja possível a fruição de direitos pelo trabalhador, de forma compatível com o trabalho desempenhado e que permita a continuidade da atividade empresarial, com vistas a atender de forma equânime o direito ao trabalho e à livre iniciativa previstos no texto Constitucional.

Dessarte, defende-se a criação de uma legislação híbrida para que seja possível estender aos motoristas de aplicativos algumas proteções compatíveis com a atividade que exercem (com flexibilidade, autonomia, assumindo os riscos do negócio, etc.) especialmente no que diz respeito à redução de alíquota de contribuição da Previdência Social, além de levar em consideração características econômicas do modelo de negócios, ou seja, a proteção não pode ser a tal ponto onerosa que inviabilize o negócio, fazendo com que este não tenha lucro.

Ademais, importante atentar que, por se tratar de relação de trabalho estreitamente ligada a meios tecnológicos, não se pode haver a sua regulação de forma que engesse a atividade ou que torne a lei enfraquecida frente aos novos avanços da tecnologia. Para tanto, pensa-se ser adequado uma regulação de forma mínima, assim, o Estado estaria cumprindo o seu papel de trazer maior segurança jurídica para a relação estimulando tanto a livre iniciativa como a promoção do trabalho digno.

REFERÊNCIAS

BARBOSA JR., Francisco de Assis. **Gig economy e contrato de emprego**: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTr, 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 nov. 2021.

COLUSSI, Luiz Antonio. COLUSSI, Fernando Augusto Melo. ODS 8 e o Princípio da Proteção no Direito Constitucional do Trabalho. Rio Grande do Sul: **Revista da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho**, 2019.

DELGUE, Juan Raso. La economía virtual: nuevos retos para el derecho del trabajo. **Revista Derecho Laboral**, Montevideo, t. LIX, n. 262, abr./jun. 2016.

DRAY, Guilherme Machado. O Princípio da Proteção do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2015.

FINCATO, Denise Pires; SILVA, Jaqueline Mielke. Interpretação sistêmica e sustentabilidade jurídica: a necessária (re)construção do Direito do Trabalho. **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, v. 10, n. 19, p. 1-24, 2019.

GIG ECONOMY. *In:* **Cambridge Dictionary**. [*S.l.*], [2019]. Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/gig-economy. Acesso em: 11 set. 2021.

HARRIS, Seth D.; KRUEGER, Alan B. **A proposal for modernizing labor laws for twenty-first century work**: the "independent worker". Washington, DC: The Hamilton Project, Dec. 2015. Disponível em: https://www.hamiltonproject.org/papers/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_independent_worker. Acesso em: 4 nov. 2021.

LAZZARIN, Helena. STÜRMER, **Gilberto. Desproteção Social aos Trabalhadores Informais: a retomada às sociedades industriais e a consequente violação ao princípio protetivo**.

LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano:** a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

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

MONEREO PÉREZ, José Luis. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la "era de la flexibilidad". **Revista Derecho del Trabajo**, Montevideo, n. 10, jan./mar. 201.

ONU. Organização das Nações Unidas. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/05/ods-8--sobre-trabalho-decente-e-crescimento-econmico---um-dos-objetivos-do-ms-em-maio.html. Acesso em: 07 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2021

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital.** Bureau Internacional do Trabalho: Genebra, BIT, 2020.

QUANTO ganha um motorista Uber por dia?. In: Motorista Elite. Disponível em: https://motoristaelite.com/ganhos-diarios-de-um-uber/. Acesso em: 02 nov. 2021.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira. São Paulo: Edipro, 2016.

SIGNES, Todolí. **El contrato de trabajo en el S. XXI**: La economía colaborativa, On-demand economy, Crowdsorcing, Uber economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2705402. Acesso em: 13 out. 2021.

SILVA, Paula Jaeger. **O trabalho nas plataformas digitais de intermediação: estudo sobrea natureza jurídica da relação com os motoristas de aplicativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

THE HAMILTON PROJECT. Disponível em: https://www.brookings.edu/. Acesso em: 4 nov. 2021.

ZIPPERER, André Gonçalves. **A intermediação de trabalho via plataformas digitais**: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI. São Paulo: LTr, 2019.

7

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIVERSIDADE NAS ORGANIZAÇÕES: COMO GARANTIR O ACESSO DAS MULHERES NEGRAS AO MERCADO DE TRABALHO

Carlos Wagner Araújo Nery da Cruz [1]

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A necessidade de efetividade dos direitos fundamentais nas relações de natureza privada motiva o reconhecimento de tais direitos pelas organizações, em especial nas organizações privadas, as quais não estão diretamente atreladas ao poder público. Como se sabe, em regra, as organizações podem ser divididas entre públicas ou privadas, sendo que geralmente nas publicas é possível perceber uma maior diversidade de acesso por causa do normativo constitucional do certame púbico, além de normativos ordinários que resguardam o cumprimento de cotas.

Já nas organizações privadas há uma maior dificuldade de presenciarmos o critério da diversidade na contratação de seus empregados. É importante também que grupos não homogêneos façam parte das políticas de acesso das empresas. Isso demonstra que a empresa se preocupa com sua responsabilidade social, bem como com as diretrizes e efetividade dos direitos fundamentais, além da observância da pluralidade, da diversidade e da não discriminação.

1 Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Valença – PI. Professor Efetivo do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Membro do Grupo de Pesquisa Relações de Trabalho e Sindicalismo da PUCRS (Coordenado pelos professores Dr. Gilberto Stumer e Dra. Helena Lazzarin). Mestre em Direito pela PUCRS.

Para a efetividade dos direitos fundamentais e, por via de consequência dos direitos humanos, mostra-se de suma relevância que não haja qualquer tipo de discriminação no ato de contratação de empregados. A diversidade nas organizações pode ser exercida de forma mais efetiva abrindo-se leque de oportunidade em prol de grupos mais vulneráveis (ou que foram historicamente vulnerabilizados), tais como as mulheres negras.

Nesse sentido, o artigo procura responder o seguinte problema: a diversidade e a pluralidade estão presentes como critério de contratação nas organizações privadas? Respondendo ao problema exposto, percebe-se que nas organizações públicas, especialmente na Administração Direta, os marcos legislativos que impõem a existência de cotas de acesso ao serviço público premiam de forma mais eficaz a presença da diversidade e pluralidade, tais como a existência de cotas em concursos para pessoas negras ou pessoas com deficiência, o que, contudo, não acontece de forma tão cabal nas organizações privadas.

Dentro de tal contexto, a pesquisa possui como objetivo geral apontar soluções para que a diversidade e a pluralidade nas contrações das organizações privadas sejam potencializadas, sobretudo no que diz respeito à mulheres negras, por conta do necessário corte epistemológico do artigo. Como objetivos específicos, o artigo pretende apontar que as mulheres negras são mais vulneráveis quanto ao acesso ao mercado de trabalho, definir os marcos legislativos que já existem em prol de tal acesso e, ao final, indicar caminhos para que as organizações privadas potencializem os mecanismos de contratação de tal grupo.

Quanto ao método da pesquisa, adotou-se em especial o método indutivo, eis que a partir de situações particular pretende-se chegar a conclusões mais amplas em prol da diversidade e pluralidade como

critérios de contratação nas organizações privadas. Quanto ao método de procedimento, adotaram-se os métodos monográfico e estatístico, com escopo de contribuir em prol dos objetivos traçados.

Assim, em tal temática, necessário se enxergar a justiça não apenas na sua perspectiva axiológica, abstrata, mas também na sua perspectiva prática, efetiva. Noutro sentido, a justiça em si não possui apenas um critério meramente punitivista, exercida com base no *jus puniendi* estatal. É necessário compreendê-la na perspectiva libertária, enxergar a justiça como equidade, de forma a igualar a oportunidade de acesso àqueles mais vulneráveis e que não tiveram as mesmas oportunidades daqueles tiveram caminhos mais pavimentados para conseguir seus objetivos.

Bem por isso, a pesquisa mostra-se relevante, eis que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil exorta valores supremos que devem ser cultivados, tais como a pluralidade e o não preconceito. E que, segundo o texto, um dos objetivos da mesma República é promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexto, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, o artigo desenvolve-se em três eixos, sendo o primeiro a questão dos direitos fundamentais nas relações de natureza privada, depois diversidade nas organizações e o grupo vulnerável das mulheres negras, bem como práticas propositivas que podem ser adotadas pelos empregadores. Ao final, conclui-se apontando as considerações finais sobre o tema.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

O reconhecimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações de emprego, necessariamente, passa pela distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, pelo menos no campo terminológico, já que tal fato influi, sem sombra de dúvidas, na compreensão da pluralidade, da diversidade e da não discriminação no ato de contratar, na formalização da relação de emprego em si.

Faz-se necessário superar, ainda, o debate de que os direitos fundamentais não seriam aplicáveis nas relações de natureza privada em face do princípio da autonomia da vontade entre os contratantes, por vezes venerado ao extremo nas relações privadas. Se assim fosse, estar-se-ia diante de um grande problema de cunho hermenêutico simplesmente ao se abstrair a necessária eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais, ainda mais quando o pacto normativo-contratual decorre de uma relação de emprego.

Indispensável, pois, que tais pontos sejam dissecados para melhor compreensão do tema.

2.1 A QUESTÃO DO AJUSTE TERMINOLÓGICO

A promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexto, cor, idade e quaisquer outras formas de preconceito constitui-se um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma garantia de natureza fundamental, mas também de natureza humana, eis que além de presente em instrumento normativo internacional, como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adentra ao ordenamento jurídico nacional, seja pela

normatização efetiva da própria Constituição Federal, seja pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que promulgou o referido Pacto (BRASIL, 1992).

Assim, mostra-se possível a delimitação terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, por vezes utilizados por sinônimos, mas que guardam distinção para fins de compreensão hermenêutica, conforme Sarlet:

> Em que pese sejam ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo `direitos fundamentais´ se aplica para aqueles direitos do ser humano conhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão `direitos humanos" guarda relação com os documentos de natureza internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem consticional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2007, p. 36)

De fato, nas relações contratuais privadas, no contexto da relação de emprego em si, percebe-se que a garantia de não discriminação do acesso aos grupos mais vulneráveis encontra amparo na ordem internacional, mas também interna, motivo pelo qual se mostra crível como uma garantia fundamental.

Flores faz uma opção menos dogmática ao tratar sobre o significado os direitos humanos, por entender que "admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso" (FLORES, 2009, p. 28). Por isso,

prossegue o autor, ao dizer que "não começamos pelos direitos, mas sim pelos bens exigíveis para se viver com dignidade" (FLORES, 2009, p.28).

Nesse toar, pode-se entender o direito ao trabalho como um direito humano e também fundamental, além da garantia de não discriminação de origem, raça, sexto, cor, idade e quaisquer outras formas. Isso porque, além da previsão expressa no texto constitucional, encontram-se também gravados em instrumentos internacionais.

Quanto ao trabalho em si, a Declaração Universal dos Direitos Humanos garante, no seu art. 23, item 01, que "todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego" (DUDH, 1948). Além disso, a garantia de não discriminação encontra-se prevista no mesmo documento internacional, como se extrai do seu art. 2º, item 01, segundo o qual "todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza [...]"

Como se não bastasse, a garantia de não discriminação encontra-se cravada também no art. 2, item 01, do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, devidamente promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, segundo o qual se deve garantir os direitos reconhecidos no Pacto, "sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo. língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição". (BRASIL, 1992). No que diz respeito ao direito ao trabalho, cuida-se de garantia expressa no art. 6º, item 01 do documento, devidamente promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, pelo que os Estados partes reconhecem "o direito ao trabalho, que compreende o direito de

toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito" (BRASIL, 1992).

Então, partamos da convicção de que o trabalho é um direito humano e bem por isso um direito fundamental porque positivado no nosso ordenamento jurídico. Some-se a isso que a garantia de não discriminação além de sua natureza humana, possui também natureza fundamental no nosso ordenamento jurídico, eis que devidamente positivada na ordem interna. Logo, são bens jurídicos a serem atingidos não apenas na perspectiva jurídica, mas na perspectiva material em si. Em tal concepção os direitos humanos se assentam em constantes lutas que são travadas pelos grupos mais marginalizados (ou vulnerabilizados), eis que não são doados, mas decorrente de constantes processos de luta.

Reconhecido, então, o direito na ordem internacional adquire feição de direito humano, reconhecido e positivado na ordem interna, reveste-se de natureza fundamental. Não se pode também divorciar a efetividade dos direitos garantidos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos com os direitos assegurados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. É nesse sentido que Piovesan aclara que a Constituição de 1988 acolhe "o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade" (PIOVESAN, 2015, p. 100).

Portanto, são inseparáveis os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES

A legislação nacional tem sido alterada para privilegiar em excesso a vontade das partes em face da vontade da lei, criando mecanismo para valorização sem precedentes da autonomia da vontade dos particulares, mesmo que em algum ponto isso possa agredir a estrutura dos direitos fundamentais.

Com isso, uma visão equivocada de que o Estado não deve interferir nas relações privadas, nos contratos sob o manto do direito privado, levaria ao afastamento da aplicação dos direitos fundamentais em tais relações, eis que *a priori* cabe ao poder público cumpri-los. Ou seja, os direitos fundamentais em si seriam dirigidos ao poder público e não ao particular, pois aos últimos a vontade dos contratantes deve sempre prevalecer.

Observe-se o caminho seguido com a alteração do art. 421 do Código Civil Brasileiro, especialmente no seu parágrafo único, ao dispor que "nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual" (BRASIL, 2002). Então, a possibilidade de intervenção mínima do Estado nas relações de natureza privada ou mesmo a excepcionalidade de revisão dos contratos formalizados sob os auspícios do direito privado, por vezes podem motivar, de forma errônea, que em tal seara não há espaços para efetividade dos direitos fundamentais.

Movimento idêntico foi inaugurado pela Reforma Trabalhista ao alterar a Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente quanto às fontes formais do Direito do Trabalho, ao dispor no seu art. 8º, §3º, que ao examinar os instrumentos normativos, sejam eles convenções

coletivas de trabalho, sejam eles acordos coletivos de trabalho, a Justiça do Trabalho "balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva" (BRASIL, 1943).

Contudo, esse padrão hermenêutico não deve ser aceito, sobretudo quando se trata de direitos sociais, especialmente os direitos dos trabalhadores, cujos destinatários por natureza são os empregadores. A eles cabem o respeito aos direitos garantidos aos trabalhadores com vínculo e aos trabalhadores avulsos, conforme o catálogo previsto no art. 7º da Constituição Federal. Também não seria admissíveis tais empregadores suscitar que o princípio da autonomia da vontade, seja ele no viés individual, seja ele no viés coletivo, pudesse fundamentar a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive, por via reflexa, a garantia constitucional de não discriminação.

Sarlet fala sobre a eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas e assim dispõe:

> Ponto de partida para o reconhecimento e uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua espera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e socieade, entre público e privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas. (SARLET, 2007, p. 401)

Por isso, então, que exigir o garantia da não discriminação como critério de contratação no âmbito das relações de emprego passa, necessariamente, pela compreensão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pelo que os empregadores ao contratar, se por uma via estão efetivando o acesso ao direito ao trabalho, por outra, estão fazendo valer, materialmente, a aplicação de tais direitos na relação contratual trabalhista.

3 DIVERSIDADE NAS ORGANIZAÇÕES E GRUPOS VULNERÁVEIS

Aqui, nesse ponto do trabalho, mostra-se indispensável a definição da justiça como equidade, da diversidade com base para o primado da pluralidade e, em seguida, de tais valores no âmbito das organizações, em especial nas organizações privadas, objeto do presente artigo.

Em primeiro lugar, deve-se enxergar a justiça não apenas como um valor, mas também como uma prática. Justiça apenas na perspectiva punitiva encontra-se limitada na compreensão do direito de punir, garantido ao Estado moderno na aplicação adequado após uma conduta prevista em lei. Além disso, e também, a justiça deve ser vista como equidade, ou seja, como forma de igualar aqueles mais vulneráveis, ou que foram no decorrer do tempo e da história vulnerabilizados, eis que não tiveram as mesmas oportunidades daqueles que tiveram caminhos mais pavimentados para galgar seus objetivos.

Rawls observa que a justiça formal, no caso das instituições jurídicas, "é simplesmente um aspecto do Estado de Direito que ampara e garante expectativas legítimas" (RAWLS, 2008. p. 71). E de fato, os Estados de Direito, amparados pelo primado da democracia, garantem aos seus cidadãos o devido acesso à justiça como um direito de natureza

fundamental, e não poderia ser diferente com a República Federativa do Brasil.

Mas isso por si só não basta.

Segundo o autor, justiça como equidade "expressa a ideia de que os princípios da justiça são definidos por acordo de uma situação inicial que é a equidade" (RAWLS, 2008. p. 15). E segue, dizendo os dois princípios que acredita que seriam acordados na posição original:

> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de igualdades e liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similiar de liberdades para as outras pessoas.
>
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2008. p. 73).

Quanto ao primeiro princípio, pode-se afirmar que as igualdades e liberdades fundamentais podem ser mais acessíveis a todas as pessoas devidemente habilitadas, sem que haja tanta interferência de critérios sociais ou econômicos, como se vê nos segundo princípio. Assim, uma mulher negra, por exemplo, pode exercer sem maiores entraves seus direitos fundamentais assentados em tais liberdades individuais, como o direito ao voto, o direito à liberdade de expressão ou reunião. Contudo, por critérios outros, como possíveis desigualdades sociais, teria muito mais dificuldade de ter acesso igualitário ao mercado de trabalho, inclusive porque em tal campo, em muitas situações, a garantia fundamental da não discriminação pelos critérios de gênero e raça não seriam respeitados.

É evidente que as desigualdades sociais e econômicas devem ser consideradas nas relações sociais, bem como consideradas também na força normativa da Constituição, a qual não possui apenas uma natureza eminentemente jurídica. A realidade política e social, portanto, compõem o arcabouço necessário para que os postulados constitucionais sejam de fato efetivados na prática.

Hesse deixa claro isso:

> Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Assim, para todos os grupos vulneráveis a normatividade constitucional encontra-se em um nível baixo, caso haja opção pela normatividade apenas na perspectiva jurídica. Reconhecendo-se a necessidade da normatividade com base na realidade social e política do país, é possível que a justiça como equidade seja de fato aplicada para tais grupos, especialmente quanto ao acesso ao mercado de trabalho no que tange às mulheres negras.

3.1 MULHERES E MERCADO DE TRABALHO

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas nº 5 para a Agenda 2030 é Igualdade de Gênero**.** Ou seja, alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e

meninas. Isso inclui acabar com toda forma de descriminação contra todas as mulheres em toda parte.

Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública,

Minha empresa se preocupa em abrir oportunidades para mulheres exercerem lideranças ou cargos de gerencia? Também há ainda discriminação entre níveis salariais entre homens e mulheres. E entre as mulheres, as mulheres negras ganham menos que as mulheres brancas.

A Pnad Contínua 2018 (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio), sobre a diferença do rendimento do trabalho de mulheres e homens nos grupos ocupacionais, demonstrou que a populaçao ocupada de 25 a 49 anos totaliza 56,4 milhões de pessoas no Brasil em 2018. Contudo, "esse contingente era composto por 54,7% de homens e 45,3% de mulheres. Essas estimativas não apresentaram variações importantes desde 2012, mostrando o predomínio da participação masculina no contingente de ocupados." (PNAD, 2018).

Outro ponto da pesquisa diz respeito ao rendimento entre homens e mulheres, conforme grupos etários. Nesse sentido, constatou-se que "a população em estudo foi desagregada em três grupos etários: 25 a 29 anos, 30 a 39 anos e 40 a 49 anos de idade, e observou-se, em todos os anos da série, a tendência de queda da razão do rendimento da mulher com o crescimento da idade." (PNAD, 2018).

Ou seja, as pesquisas demonstram que os homens têm mais acesso ao mercado de trabalho em comparação às mulheres numa proporção de praticamente dez pontos percentuais. Além disso, quando mais evoluem na idade, as mulheres passam a ser menos remuneradas,

indicando que há queda do rendimento das mulheres quando há crescimento da idade.

E não é só isso. Quando a análise dos dados passa para os critérios remuneratórios, percebe-se que as mulheres ocupadas ganham menos que os homens, sejam elas de 25 a 29 anos (86,9%), ou de 30 a 39 anos (81,6%), ou de 40 a 49 anos (74,9%). A pesquisa informa que "nesse último grupo, o rendimento médio da mulher era de R$ 2.199 e o do homem, R$ 2.935; já no primeiro (25 a 29 anos de idade) os valores eram de R$1.604 e R$ 1.846, respectivamente, mulheres e homens." (PNAD, 2018).

Portanto, mesmo com acesso ao mercado de trabalho em situação desprivilegiada em relação aos homens, as mulheres ainda recebem menos, havendo clara discriminação de gênero nesse sentido.

Some-se a isso a necessidade de garantia de emprego à mulher vítima de violência doméstica sob os auspícios da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006), considerando o que dispõe o art. 9º, § 2º, inciso II, garante a mesma "a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses." (BRASIL, 2006). Em tal caso a mulher que é vítima de violência doméstica em muitas situações não pode continuar a executar seu contrato de trabalho.

Contudo, surge nesse contexto um grave vácuo normativo quanto às trabalhadoras jungidas ao Regime Geral de Previdência Social, pois não existe regra própria para salvaguardar a suspensão do contrato de trabalho quando a situação ocorrer. O mais viável é que existisse um benefício previdenciário especifico no Plano de Benefícios da Previdência Social que cobrisse o período até seis meses, após a trabalhadora ser submetida à perícia médica a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social. Isso porque, diga-se, ao empregador não se pode impor culpa pela

suspensão do contrato de trabalho em face da empregadora ter sofrido violência doméstica (em especial física) e não poder retornar ao serviço.

Caberia ao seguro social, pois, o encargo de suportar a suspensão do pacto através de benefício próprio, sem carência, jungido à Previdência Social.

3.2 PESSOAS NEGRAS E MERCADO DE TRABALHO

Entranhado na sociedade brasileira, o racismo estrutural deixa suas marcas, as quais são difíceis de apagar. O racismo estrutural encontra-se presente na sociedade, seja de forma velada ou não, contribuindo dia-a-dia para segregação das pessoas negras, o que ocorre também no mercado de trabalho.

Hasenbalg explica como o racismo pode contribuir para mitigar os espaços de poder das pessoas negras, ao dizer como a raça continua sendo um critério de distribuição das pessoas no tecido social:

> A raça, como atributo social e historicamente elaborado, continua a funcionar como um dos critérios mais importantes na distribuição de pessoas na hierarquia social. Em outras palavras, a raça se relaciona fundamentalmente com um dos aspectos da reprodução das classes sociais, isto é, a distribuição dos indivíduos nas posições da estrutura de classe e dimensões distributivas da estratificação social. (HASENBALG, 1982, p. 89).

Devido ao racismo estrutural inserido na sociedade brasileira, percebe-se que as pessoas negras ainda não ocupam espaço de poder no país, mesmo sendo maioria da população. Os brancos, então, devem como primeiro passo reconhecer seus privilégios para que outros espaços possam ser abertos em prol das pessoas negras, sobretudo em prol das mulheres negras.

Ribeiro, ao analisar a questão dos privilégios da branquitude, esclarece:

> Se a população negra é maioria no país, quase 56%, o que torna o Brasil a maior nação negra fora da África, a ausência de pessoas negras em espaços de poder deveria ser algo chocante. Portanto, uma pessoa branca deve pensar seu lugar de modo que entenda os privilégios que acompanham a sua cor. Isso é importante para que privilégios não sejam naturalizados ou considerados apenas esforço próprio (RIBEIRO, 2019, p. 16)

No Brasil, o conceito de discriminação racial ou ético-racial, pelo menos do ponto de vista normativo, encontra-se cravado no art 1º, inciso I, do Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, segundo o qual é:

> toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada (BRASIL, 2010).

Nas organizações isso não é diferente. O acesso ao mercado de trabalho aos negros é muito mais difícil em relação aos brancos. Entre as mulheres, mulheres negras têm mais dificuldades que as mulheres brancas.

Nas relações de trabalho sob o manto do direito público, a questão pode ser vista sob outro aspecto, eis que existe previsão legal, com aporte na Lei nº 12.990/2014, que prevê reserva de vagas para pessoas negras pra provimento de cargos efetivos e empregos públicos, conforme disciplina o art. 1º do texto normativo:

> Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito d a administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei. (BRASIL, 2014)

Cuida-se de um ponto de distinção entre as relações de trabalho sob o manto do direito público e as relações de trabalho, em especial de emprego, sob o manto do direito privado, mesmo se admitindo a análise da matéria na natureza híbrida do Direito do Trabalho nesses tipos de relações. Se enquanto a Lei nº 12.990/2014 prevê a hipótese de cotas em cargos e empregos públicos para pessoas negras, o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 prevê políticas públicas para que o acesso às pessoas negras ao mercado de trabalho seja efetivado, através de ações nesse sentido.

Para o critério de reconhecimento da condição de pessoa negra, vale na forma lei o critério da autodeclaração para os que o fazem no ato da inscrição, a fim de possam concorrer a reserva de vagas nos cargos ou empregos públicos ofertados.

No contexto, veja-se o que dispõe o art. 39 do Estatuto da Igualdade Racial:

> Art. 39. O poder público promoverá **ações** que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. (BRASIL, 2010).

Ações e políticas públicas são importantes para que se garanta o acesso de pessoas negras ao mercado de trabalho, mas não há dúvidas de que a previsão normativa tem eficácia superior, eis que impõe um

imperativo categórico ao empregador e não apenas um imperativo hipotético.

Ações práticas com intuito de potencializar o acesso ao mercado de trabalho de pessoas negras podem ser repisadas, como é o caso do Estado do Rio Grande do Norte, através da Lei Estadual nº 10.629/2019 que garante 15% (quinze por cento) de vagas para negros e indígenas em empresas privadas que recebam incentivos fiscais do governo, desde que a empresa tenha 100 ou mais funcionários.

Leis de tal naipe potencializam a garantia constitucional da não discriminação prevista no Texto Ápice e podem servir como paradigma para que outros Estados da Federação siga caminho idêntico.

Dentro do conceito de efeito normativo da medida, instrumentos coletivos como a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho podem ser utilizados para implementação de acesso da mulher negra ao mercado de trabalho, eis que verdadeiras fontes do Direito do Trabalho. No contexto do princípio da criatividade jurídica da normatização coletiva nada impede que na mesa de negociação coletiva seja criada cláusula em instrumento coletivo prevendo cotas de acesso em prol de mulheres negras nas empresas que compõe a categoria econômica respectiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto, percebe-se que apesar dos critérios de não discriminação previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil um longo caminho ainda deve ser cumprido para que de fato o país implemente políticas públicas em prol do acesso ao mercado de trabalho das pessoas mais vulneráveis, especialmente as mulheres negras.

O trabalho, nesse sentido, aponta algumas saídas em prol da superação da não observância da igualdade de gênero e raça, para usar expressões consagradas pela lei, conforme se depreende do art. 1º, inciso III, do Estatuto da Igualdade Racial.

Portanto, é preciso garantir o acesso da mulher negra ao mercado de trabalho.

Em primeiro lugar, o respeito à diversidade como critério de contratação nas empresas passa, necessariamente, pela compreensão da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, em que pese o princípio da autonomia da vontade das partes em tais relações. Ou seja, a efetividade dos direitos fundamentais não se encontra dirigida apenas e tão somente ao poder público, mas também e sem sombra de dúvidas aos particulares.

No segundo momento, faz-se necessário reconhecer a força normativa do direito ao trabalho como um direito humano e, por via reflexa, fundamental. Nesse sentido, como um direito social típico depende da eficácia de políticas públicas em prol de sua efetivação. Mas dentro da perspectiva normativa, os acordos e convenções coletivas de trabalho, instrumentos reconhecidos como fontes do direito laboral, podem ser utilizados para introdução de cláusulas a serem aplicadas nos contratos individuais de trabalho, cláusulas que garantam de forma clara, concisa e efetiva o acesso das mulheres negras ao mercado de trabalho, com criação de cotas a serem observas pelas empresas da respectiva categoria econômica.

Um terceiro caminho também pode ser apontado. A cláusula aberta do art. 39 do Estatuto da Igualdade Racial determina que o poder público incentive "à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privada." Ou seja, adoção de ações que assegurem a igualdade de

oportunidade no mercado de trabalho para a população negra. Incentivos fiscais podem ser criados através de lei, por exemplo, em prol de empresas que contratem mulheres negras e que abram também espaços em cargos de gestão para tais mulheres.

O exemplo do Estado do Rio Grande do Norte, como dito em linhas passadas, merece aplausos e serve de paradigma para outros Estados da Federação, ao garantir através de Lei Estadual 15 % (quinze por cento) de vagas para negros e indígenas em empresas privadas que recebam incentivos fiscais do governo estadual.

Outro exemplo de efetividade em prol da mulher negra no mercado de trabalho – e não apenas sob o manto da relação de emprego subordinada – é a garantia pelo poder público de acesso ao crédito para a pequena produção, seja no meio rural ou urbano, com ações afirmativas para as mulheres negras, conforme garantia prevista no art. 38, §5º, do Estatuto da Igualdade Racial. Com isso, as mulheres negras poderiam produzir ou ofertar serviços sob o manto da mais variadas relações de consumo e, por conseguinte, gerar renda no seu seio familiar.

O presente artigo não tem por objetivo esgotar o tema, mas plantar sementes em prol da não discriminação e do respeito à diversidade, da efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como do acesso dos grupos vulneráveis ao mercado de trabalho, especialmente quanto às mulheres negras.

Diante dos caminhos apontados, pretende-se que a falta de acesso das mulheres negras ao mercado de trabalho possa ser minorada, efetivando-se direitos fundamentais, sobretudo o trabalho como direito humano que é, porquanto um direito social positivado na Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**". "Nações Unidas", 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: http://www.un.org/en/**universal**-declaration-human-rights/. Acesso em 18 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 de jan. de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 28 de nov. de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 18 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 14 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.990, de 9 de julho de 2014.** Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/123011825/lei-12990-14. Acesso em: 01 de março de 2022.

FLORES, Joaquin Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos.** Tradução de: Carlos Roberto Diego Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. **Lugar de negro.** Rio de Janeiro: Editora Marco Zero Limitada, 1982.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 15. ed,. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRAGEM DE DOMÍCILIO. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. 2018. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Estudos_especiais/Mulheres_no_Mercado_de_Trabalho_2018.pdf. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça.** Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita – 3ª ed – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista.** São Paulo: Editora Schwarcz, 2019.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei nº 10.629, de 29 de novembro de 2019.** Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=386367. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgan. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. ver. atual e ampl – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2007.

8

O DIÁLOGO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE: O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO E DAS NORMAS COLETIVAS NA AFIRMAÇÃO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Anderson Ribeiro de Oliveira
Luiz Antônio da Silva Bittencourt

1. INTRODUÇÃO

Conforme a sociedade foi evoluindo numa busca por igualdade de oportunidades para minimizar as desigualdades sociais, surgiu a necessidade da intervenção do Estado por meio da criação de leis e mecanismo de proteção ao trabalhador, que num primeiro momento se encontrava desprotegido no sentido de que a sua força de trabalho era de livre negociação.

Desde sua origem, a Organização Internacional do Trabalho- OIT - compreendeu a necessidade de buscar uma cooperação entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores por meio do diálogo social tripartite através da participação na elaboração das normas internacionais de direitos humanos do trabalho com vista a alcançar uma maior justiça social.

E nesse sentido, o diálogo social tornou-se a base para que se consiga alcançar a consolidação de uma democracia de qualidade e uma sociedade mais coesa.

Na perspectiva da OIT, o diálogo social é produto de negociação coletiva, consulta e troca de informações entre os representantes de trabalhadores, empregadores e governo, sobre temas de interesses

comuns relativos às políticas econômicas, laborais e sociais, sendo uma prática de suma importância na concretização de uma agenda do trabalho digno.

Dentro do tema do diálogo social, a OIT construiu o conceito de trabalho decente como fator imprescindível para a superação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, buscando afirmar da necessidade de que haja um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de equidade, liberdade e segurança, capaz de assegurar uma vida digna, sendo esse direito, além de humano, se tornou uma garantia constitucional, o que de forma expressa é consagrado na Constituição Federal de 1988 (CF/88), na afirmação dos Direitos Fundamentais, dentre eles os sociais, voltados à melhoria das condições de vida e de trabalho das pessoas.

Num cenário mais concreto, o Trabalho Decente se materializa a partir de uma proposta da OIT aos Estados Membros, a partir de uma participação estratégica na elaboração de projetos com vista ao desenvolvimento de ações que busquem concretizar os objetivos da OIT, que são: o respeito aos direitos no trabalho, a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.

Nesse sentido, com vista à efetivação da política internacional de trabalho decente, o Brasil, no ano de 2006 lançou a Agenda Nacional de Trabalho Decente – ANTD - como mecanismo para promoção e proteção do direito a um trabalho digno a fim de minimizar as desigualdades sociais em suas diversas formas.

Com o objetivo de alcançar a erradicação da pobreza, a geração de mais empregos, assegurando condições dignas justas ao trabalhador, a

ANTD tem sua estrutura pautada em várias linhas de ações, dentre elas a negociação coletiva como instrumento de diálogo social.

Nesta ordem de ideias, considerando estas perspectivas trazidas pela OIT, pergunta-se: Qual o papel da negociação e das normas coletivas na afirmação da proteção ao trabalhador?

A hipótese a ser testada é de que a negociação coletiva, enquanto forma de exercício do diálogo social nos termos da ANDT, tem a capacidade de reafirmar o princípio da proteção ao trabalhador, trazendo direitos que promovam o trabalho decente.

Trata-se de um tema atual a ser debatido, uma vez que a Carta Magna, através de seu art. 7º, inciso XXVI, que reconhece expressamente a validade da negociação coletiva, conferindo status de lei entre as partes, os acordos e convenções coletivas celebradas.

A pesquisa será realizada através de metodologia embasada em abordagem de análise de dados qualitativa, utilizando-se para tanto de fontes de pesquisas bibliográficas com a finalidade de examinar e estudar as obras literárias dos principais autores na área, além de uma pesquisa pormenorizada de matérias e artigos acadêmicos já publicados.

Para tanto, na primeira seção do artigo serão analisados os aspectos históricos da OIT, bem como o conceito de trabalho decente e a proteção ao trabalhador. Na segunda seção será abordada a ANTD. Já na terceira seção serão analisados o diálogo social e a negociação coletiva. Adiante, na quarta e última seção será analisado o papel da negociação coletiva na promoção do trabalho decente e, consequentemente, na proteção do trabalhador.

Ao final, serão apresentadas as considerações finais, onde serão pontuadas algumas observações sobre o tema pesquisado, levando em

conta que, longe de esgotar a reflexão sobre o diálogo social e trabalho decente, há um caminho a ser percorrido, para que seja realmente assegurado um trabalho decente a todos, nas condições de liberdade, segurança, equidade e justiça.

2. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: DOS SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS AO TRABALHO DECENTE

O século XIX, foi marcado pelo desenvolvimento da consciência da classe operária, cujos movimentos foram se concretizando paulatinamente, dando ensejo ao surgimento de associações e sindicatos (BITTENCOURT, 2019).

Em 1890, ocorreu a Primeira Conferência Internacional do Trabalho, em Berlim, estabelecendo recomendações para o trabalho das mulheres, dos adolescentes, além de assuntos sobre repousos semanais remunerados, dentre outros.

De acordo com Bittencourt (2019) com a carência legislativa, os direitos dos trabalhadores ameaçados e as adversidades provenientes da imigração, fez-se necessário um olhar mais atento para além de cada país europeu no que tange às condições de trabalho. E conforme assevera Süssekind (1998) no século XIX já havia a idealização da criação de uma organização internacional do trabalho.

Nas palavras daquele autor (BITTENCOURT, 2019, p. 39):

> No contexto que antecedeu a criação da OIT, havia uma política de ausência de intervencionismo estatal o que ocasionou o aumento da pobreza e a exploração da força de trabalho, tendo crianças submetidas ao trabalho em

> atividades prejudiciais à saúde e desenvolvimento, bem como em carga horária exaustiva, além da exploração da mão de obra da mulher.[1]

Essas sementes lançadas no século XIX e início do século XX, frutificaram com o Tratado de Versalhes em 1919, através do qual, foi criada a OIT que surge como uma resposta das grandes potências mundiais, como um novo instrumento de proteção do trabalhador.

Para Bittencourt (p. 44),

> Criada em 1919 através do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho, tem como objetivo promover a justiça social. [...] A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (Convenções e Recomendações). As Convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. (OIT *apud* BITTENCOURT, 2019, p. 44)[2]

Na Primeira Conferência Internacional do Trabalho, promovida pela OIT, foram acordadas as primeiras Convenções Internacionais, referente à jornada de trabalho na indústria; ao desemprego; a proteção à maternidade; ao trabalho noturno das mulheres; e à idade mínima para o trabalho noturno. (OIT, [s.d.], [s.p.]).

Um grande marco foi a Declaração da OIT que versa sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, que "[...] é um documento importante para o mundo do trabalho e tem ressonância direta no tema do trabalho decente". (BITTENCOURT, 2019, p. 49)

1 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p. 39

2 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p.44

No que tange às suas funções, a OIT ressalta a busca de melhorias no âmbito do trabalho:

> Uma das funções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a elaboração, adoção, aplicação e promoção das Normas Internacionais do Trabalho, sob a forma de convenções, protocolos, recomendações, resoluções e declarações. Todos estes instrumentos são discutidos e adotados pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT), órgão máximo de decisão da OIT, que se reúne uma vez por ano. (OIT, [s.d.], [s.p.]).[3]

A OIT, com sua constituição tripartite, representada por membros do governo, trabalhadores e empregadores, adota quatro linhas de ação: emprego, proteção social, diálogo social e direito do trabalho, visando essencialmente, proteger os direitos humanos fundamentais, melhorar as condições de vida e do trabalho digno e decente, bem como a promoção do pleno emprego (BITTENCOURT, 2019).

Para a OIT o conceito de trabalho decente se resume em toda sua luta histórica com a finalidade de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter o mínimo de dignidade humana, com um trabalho produtivo, com segurança e equidade:

> O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: (i) o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); (ii)a promoção do emprego produtivo e de qualidade; (iii)

3 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

> a ampliação da proteção social; e o fortalecimento do diálogo social. (OIT, [s.d.], [s.p.]).[4]

De acordo com a Organização, o trabalho decente é condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. (OIT, [s.d.], [s.p.]).

Pelo trabalho decente, busca-se assegura a liberdade do trabalhador para que possa expressar suas opiniões através dos mecanismos de diálogo social, organizando e participando efetivamente das negociações coletivas na busca por melhores condições de trabalho e emprego de qualidade para um desenvolvimento justo e equilibrado, com distribuição de riquezas (BITTENCOURT, 2019, p. 116).

Segundo a Organização, o direito ao Trabalho Decente é legitimado como o direito a um trabalho com uma remuneração justa, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna aos trabalhadores e sua família, logo, o que está diretamente relacionado à proteção do trabalhador. (OIT, [s.d.], [s.p.]).

Nas palavras de Costa (2010, [s.p]):

> Trata-se, portanto, do direito a um trabalho que permita satisfazer as necessidades pessoais e familiares de alimentação, educação, moradia, saúde e segurança. É também o direito a um trabalho que garanta proteção social nos impedimentos de seu exercício (desemprego, doença, acidentes, entre

4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

> outros), assegura renda ao chegar à época da aposentadoria e no qual os direitos fundamentais dos trabalhadores e trabalhadoras são respeitados.[5]

Em âmbito nacional, o trabalho decente está previsto na Agenda Nacional de Trabalho Decente, que é resultado da IV Cúpula das Américas, ocorrida em novembro de 2005 em Mar del Plata na Argentina, onde 34 chefes de Estado e de Governo de todo o continente americano assinaram a Declaração e o Plano de Ação de Mar del Plata, nos quais reafirmam:

> [...] nosso compromisso de combater a pobreza, a desigualdade, a fome e a exclusão social para melhorar as condições de vida de nossos povos e fortalecer a governabilidade democrática nas Américas. Conferimos ao direito ao trabalho, tal como está estipulado nos instrumentos de direitos humanos, um lugar central na agenda hemisférica, reconhecendo assim o papel essencial da criação de trabalho decente para a realização desses objetivos (OEA, 2005, p. 1)[6].

Assim, a Agenda Nacional de Trabalho Decente vem como uma ferramenta para corroborar a necessidade de promover um trabalho decente garantindo a proteção ao trabalhador em solo pátrio.

3. AGENDA NACIONAL DE TRABALHO DECENTE

Entre 2003 e 2007, ocorreram 11 conferências e reuniões internacionais de grande relevância, entre estas se destaca a XIII Conferência

5 COSTA, Mônica Oliveira da. Trabalho decente segundo estudos da Organização Internacional do Trabalho. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2649, 2 out. 2010. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/17550 Acesso em: 14 set. 2021.

6 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. **Declaração Mar Del Plata. Mar del Plata**, 2005. Disponível em:http://www.summitamericas.org/Documents%20for%20Argentina%20Summit%202005/IV%20Summit/Declaracion/Declaracion_POR%20IV%20Cumbre-rev.1.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

Interamericana de Ministros do Trabalho ocorrida em Salvador, em setembro de 2003 (BRASIL, 2006).

Nesta oportunidade foi discutida e definida como prioridade a promoção do trabalho decente e foi assumido um compromisso entre o governo brasileiro e a OIT, que se concretizou no Memorando de Entendimento que previu em seu texto a criação de um programa especial de cooperação técnica para a promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente (BRASIL, 2006).

De acordo com Abramo (*apud* BITTENCOURT, 2019, p. 124-125):

> A proposta da Agenda Nacional de Trabalho Decente foi definida como um compromisso dos governos que buscam superar um período no qual se produziu um enorme déficit de trabalho decente, com desemprego, precarização das condições de trabalho decente e ausência de um diálogo social construtivo e respeitoso.[7]

Como fruto dessa iniciativa, o governo brasileiro, em consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores juntamente com a OIT, elaborou a ANTD que foi lançada em maio de 2006, pelo ministro do Trabalho e Emprego, Luiz Marinho na reunião Regional Americana da OIT em Brasília, que apresentou a agenda, a qual, tem como base três prioridades: a) geração de emprego de qualidade com igualdade de oportunidades; b) erradicação do trabalho escravo e infantil e c) o fortalecimento do diálogo social e tripartite, tendo, como ponto de partida, as quatro áreas estratégicas do Memorando de Entendimento que são os direitos do trabalho, emprego, proteção social e diálogo social. (BRASIL, 2006, p.8).

7 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p.124-125

De acordo com a ANTD (2006) a prioridade um diz respeito à geração de emprego de qualidade com igualdade de oportunidades, com vista a alcançar uma política nacional de emprego elaborada e implementada em um processo de diálogo social e atingir metas de criação de emprego produtivo e de qualidade incorporadas nas estratégias nacionais de desenvolvimento econômico e social.

Segundo Oliveira (*apud* BITTENCOURT, 2019, p. 133) esta prioridade trouxe o compromisso do governo brasileiro em gerar mais e melhores empregos em condições de igualdade e oportunidade, buscando fomentar o mercado de trabalho com vistas ao desenvolvimento local.

No que tange à prioridade dois, ela diz respeito à erradicação do trabalho escravo e eliminação do trabalho infantil, em especial em suas piores formas.

Dessa forma, a ANTD descreve o resultado esperado:

> Planos Nacionais de Erradicação do Trabalho Infantil e Erradicação do Trabalho Escravo implementados e monitorados, com ênfase em estratégias de reinserção social e de prevenção, em consonância com o previsto nas seguintes convenções da OIT: Convenção nº 138, de 1973, sobre idade mínima para admissão ao emprego; Convenção nº 182, de 1999, sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação; Convenção nº 29, de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório; Convenção nº 105, de 1957, sobre abolição do trabalho forçado, (BRASIL, 2006, p. 13).[8]

A prioridade três determina o fortalecimento dos atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática.

8 BRASIL. **Agenda Nacional de Trabalho Decente**. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2006. p.13

Nessa sua última prioridade, a agenda (BRASIL, 2006) tem como objetivos a serem alcançados mecanismos de diálogo entre os representantes sociais da seara do trabalho, os quais, trabalhadores, empregadores e governos terão a capacidade de definir políticas públicas na promoção do trabalho decente, sobretudo na busca do fortalecimento do diálogo social.

No que tange à esta prioridade, sobre esse fortalecimento, Bittencourt (2019, p. 152) aduz que "[...] essa busca de fortalecimento terá influência direta na realização de instrumentos coletivos de proteção e de melhoria das condições de trabalho mediante os acordos e convenções coletivas". E complementa o autor dizendo que:

> De fato, percebe-se que, na constituição da OIT, houve a preocupação de elencar princípios que norteassem a efetivação da autonomia da vontade entre as partes, principalmente para assegurar os princípios relativos aos direitos fundamentais, o que assegura a liberdade de associação e o que reconhece o direito à negociação coletiva. (BITTENCOURT, 2019, p.152).[9]

De acordo com Abramo (*apud* BITTENCOURT, 2019, p. 131)

> Para Abramo (2015), a construção da ANTD se tornou necessária porque se poderão determinar, por meio dela, as formas, os níveis e os processos pelos quais o trabalho decente será aplicado, mas cientes de que, quando se falar em trabalho decente, haverá um ponto de partida de proteção, que são os direitos e princípios universais e fundamentais; porém, nunca haverá um teto máximo, pois é uma construção social que avança de acordo com o desenvolvimento da sociedade.[10]

9 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p.152

10 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p.131

Nesse sentido, a ANTD estabeleceu o diálogo social como uma de suas prioridades e instrumento de promoção do trabalho decente, adotando a negociação coletiva como linha de ação, com vista a garantir os direitos fundamentais do trabalhador e promover uma participação democrática e pacífica entre os representantes dos trabalhadores, empregadores e dos governos (BITTENCOURT, 2019).

4. O DIÁLOGO SOCIAL E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O fortalecimento do diálogo social como terceira prioridade da ANTD tem seu foco voltado para a seara do direito coletivo do trabalho, com o objetivo de fortalecer a função dos instrumentos de participação da sociedade no mundo laboral. Desse modo, a OIT em sua constituição, buscou comprovar a necessidade de um diálogo contínuo entre governo, empregadores e trabalhadores, o que foi reforçado na agenda (BITTENCOURT, 2019).

Para a OIT (2013), o diálogo social compreende todas as formas de negociação, consulta ou partilha de informação entre esses representantes ou entre empregadores e trabalhadores sobre questões de interesse comum relativas à política econômica e social, tendo a finalidade de alcançar objetivos sociais e econômicos e, ainda, a possibilidade de dar voz às pessoas e um papel na sociedade e no âmbito laboral.

O diálogo social é um dos pilares do conceito de trabalho decente para a OIT, o qual a agenda buscou listar como uma das prioridades de ação no Brasil (BITTENCOURT, 2019). Esse autor assevera ainda que:

> O que a agenda reafirma é a necessidade de participação dos empregadores e empregados por intermédio dos representantes de categorias nos estabelecimentos de políticas que envolvam o mundo do trabalho. Qualquer

> alteração ou modificação de legislações que afetem o trabalho precisa, de acordo com esse compromisso da agenda, ter a participação dos atores na discussão e elaboração de propostas (BITTENCOURT, 2019, p.156).[11]

De acordo com a OIT, o diálogo social está ligado às normas internacionais do trabalho, tendo em vista que as Resoluções e Recomendações da OIT, bem como as Convenções ratificadas preveem a consulta prévia às organizações de empregadores e de trabalhadores, (OIT, 2013).

Nesse contexto, o diálogo social desempenha uma função primordial no direcionamento dos governos durante a elaboração das leis e políticas nacionais que dão cumprimento às normas internacionais do trabalho, levando em conta as situações e as necessidades dos empregadores e dos trabalhadores. Apesar da função determinante do diálogo social nas normas internacionais do trabalho, na prática há dificuldades como condições fundamentais de liberdade sindical e direitos de negociação coletiva inadequados (OIT, 2013).

No que tange à negociação coletiva, Carvalho (2016, [s.p]) explica que seu surgimento foi fruto de um anseio popular no sentido de minimizar os conflitos sociais existentes entre os setores da classe trabalhadora, que está subordinada economicamente, e empregadora, que detém o poder econômico. Esta dicotomia está na origem da relação empregatícia, pois, enquanto o empregador quer reduzir seus custos e aumentar lucros, o empregado quer melhores salários e condições de trabalho. O autor ainda aduz que:

11 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p.156

> A negociação coletiva surgiu como forma de solucionar os conflitos coletivos no ambiente de trabalho, podendo-se inferir que a negociação coletiva é um fenômeno do estado moderno, eis que surge com a figura do "conflito industrial", e com o fortalecimento da classe produtora, (CARVALHO, 2016).[12]

Nas palavras de Delgado (2019, p. 1640) "[...] a negociação coletiva é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea. Sem dúvida, é o mais destacado no tocante a conflitos trabalhistas de natureza coletiva." O autor ainda assevera que:

> Como meio de favorecer a democratização da sociedade civil, a Constituição reconheceu e conferiu estímulos à negociação coletiva trabalhista, por meio de várias de suas normas: art.7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88; art. 8º da CF que, em seus diversos incisos, trata das entidades sindicais, instituições decisivas para a adequada dinâmica negocial coletiva, (DELGADO, 2019, p.1.647).[13]

Para Martins (2019, p. 1197), "[...] a negociação coletiva é uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam os diferentes entendimentos existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições." O autor ainda afirma que a negociação coletiva tem sua natureza democrática e busca uma forma de discussões sobre divergências entre as partes, procurando um resultado e tem por finalidade, alcançar a paz social entre as partes.

No que diz respeito à relação entre a negociação coletiva e a ANTD, preleciona Bittencourt (2019, p. 153):

---

12 CARVALHO, Daniel Leão. **Negociação Coletiva, uma perspectiva do direito Brasileiro** Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 20 jul 2016, 04:15. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47024/negociacao-coletiva-uma-perspectiva-do-direito-brasileiro. Acesso em: 26 set. 2021.

13 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. São Paulo, LTr, mar. 2019. p. 1640

> A linha de ação da negociação coletiva é a última da terceira prioridade da ANTD e tem uma importância ímpar no mundo do trabalho, além de ser um direito e uma garantia fundamental e muito discutida em convenções internacionais da OIT. Também é importante perceber que, para falar de negociação coletiva, tem que falar de liberdade sindical, principalmente no contexto legislativo nacional, que dá uma ênfase muito grande a esse instrumento de diálogo entre patrão e empregado.[14]

A negociação coletiva e a liberdade sindical estão diretamente ligadas, não podendo o poder público restringir o direito de negociação nem exigir a dependência de sua homologação para validade, pois a negociação uma vez realizada constitui lei entre as partes (MARTINS, 2019).

Nas palavras de Januzzi e Magalhães (2014, p. 4):

> [...] o sindicato assume o papel de protagonista da regulação do trabalho e a negociação coletiva exerce uma importante função social na medida em que permite aos próprios interessados discutirem e estipularem normas que vão reger a sua relação, em uma verdadeira transferência de poder do Estado para o povo, em especial, os trabalhadores, que diretamente o exerce. [...] O constante embate entre capital e trabalho é arrefecido pela estipulação de normas coletivas que pretendem traduzir o meio termo entre os interesses conflitantes e proporcionam a autodeterminação dos trabalhadores via sindicato, que passam a ser responsáveis pela melhoria das suas condições de trabalho. O amadurecimento da consciência de classe e a luta por melhores condições de trabalho geram reflexos em toda sociedade, que se torna mais crítica e atuante dentro de um contexto democrático.[15]

14 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p.153

15 JANUZZI, Adriano; MAGALHÃES, Aline. A FUNÇÃO SOCIAL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE CRIAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS: história, contextualização, comum acordo e desafios. **Revista Publius**, V. 1, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em:

Através da negociação coletiva são estipulados direitos trabalhistas em conformidade com a realidade a que se aplicam, respeitados os limites constitucionais. O acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho corporificam o resultado da negociação coletiva, tendo forma de contrato, mas força de lei entre as partes que o firmaram.

A negociação coletiva emerge assim, como uma das formas de realização do diálogo social, permitindo o protagonismo dos empregados (representados pelo seu sindicato) e dos empregadores (individualmente considerados ou representados pelo seu sindicato) e adequação da legislação à realidade a que se aplica, respeitados os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores. (DELGADO, 2019)

5. O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA AFIRMAÇÃO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR ATRAVÉS DA ESTIPULAÇÃO DE DIREITOS QUE PROMOVAM O TRABALHO DECENTE

A Constituição de 1988 foi o marco de afirmação do direito individual e coletivo do trabalho, neste aspecto, prevendo a liberdade sindical e a negociação coletiva, imprescindíveis na consagração da importância dos entes coletivos. Os artigos 7º, 8º e 9º consagram os direitos fundamentais dos trabalhadores que visam a melhoria da sua condição social.

Para Delgado (2019), com o advento da nova Constituição, a negociação coletiva passou a ser um mecanismo indispensável na solução dos conflitos entre capital e trabalho.

O mesmo autor afirma ainda que:

---

http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rpublius/article/view/3293. Acesso em: 01 out. 2021.

> Os estímulos constitucionais produziram resultado exponencial, transformando, profundamente, essa dimensão do Direito Coletivo do Trabalho e da realidade socioeconômica das relações coletivas trabalhistas brasileiras. Ou seja, a Constituição retirou do limbo e inércia factuais a dinâmica das negociações coletivas trabalhistas em todo território pátrio, abrindo-lhe espaço de desenvolvimento que ainda não experimentara no período histórico precedente a 1988 (DELGADO, 2019, p. 1647).[16]

Não obstante a negociação coletiva estar prevista na CF/88 e também na legislação trabalhista infraconstitucional, as Convenções da OIT nº 98 (sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva, ratificada pelo Brasil em 1952) e 154 (objetiva fomentar a negociação coletiva, ratificada pelo Brasil em 1992) trazem importantes conceitos a seu respeito.

A Convenção 98 da OIT, em seu art. 4º, preconiza que os Estados-membros instituem normas que possam estimular e fomentar o pleno desenvolvimento da negociação voluntária, com vista a regular melhores condições de emprego. Na mesma linha, a Convenção 154 prevê a extensão da negociação coletiva visando a determinação de melhores condições de trabalho e a solução dos conflitos coletivos existentes entre empregados e empregadores (MELO, 2020).

Ainda, a Recomendação 163 da OIT, cujas disposições podem ser aplicadas por leis ou regulamentos nacionais, por contratos coletivos, laudos arbitrais ou por qualquer outro modo compatível com a prática nacional, dispõe, como forma de promover a negociação coletiva, que medidas condizentes com as condições nacionais devem ser tomadas para facilitar o estabelecimento e desenvolvimento, em base voluntária,

16 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. São Paulo, LTr, mar. 2019. p.1647

de organizações livres, independentes e representativas de empregadores e de trabalhadores.

De acordo com Bittencourt (2019, p. 155) o art. 611-A da CLT "[...] é um instrumento que ratificou a função da negociação coletiva de trabalho, dando, inclusive, *status* hierárquico superior à lei infraconstitucional". Esta norma, incluída na CLT pela lei nº 13.467/17 que promoveu a chamada reforma trabalhista, garante a prevalência do ACT e da CCT em relação à norma heterônoma quando dispuserem sobre as matérias ali elencadas.

Para Borges e Moscardini (2021) a negociação coletiva está ligada ao sindicalismo e necessita do fortalecimento dos sindicatos para proteção e garantia dos direitos trabalhistas de forma a trazer equidade durante a negociação a partir da representatividade dos sindicatos, tutelando a liberdade contratual ao remir a hipossuficiência do trabalhador perante o empregador e possibilitar uma negociação justa.

Os mesmos autores aduzem que:

> Assim, evidente a necessidade de negociações coletivas e sua proteção pelo Estado para a garantia de relações trabalhistas saudáveis, com ambientes e condições de trabalho que possam garantir os direitos e interesses dos trabalhadores e democratizar as negociações entre os polos da relação trabalhista. (BORGES; MOSCARDINI, 2021, p. 177).[17]

A negociação coletiva possibilita a promoção do trabalho decente através da estipulação de normas que estejam de acordo com o princípio da proteção ao trabalhador, fruto do diálogo entre empregado e

17 BORGES, Daniel Damásio; MOSCARDINI, Maria Laura Bolonha**. Direito: ramificações, interpretações e ambiguidades 4** / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos- Ponta Grossa - PR: Atena, 2021. Disponível em: https://sistema.atenaeditora.com.br/index.php/admin/api/artigoPDF/47242. Acesso em 08 out. 2021

empregador à luz do disposto na ANTD. Nas palavras de Bittencourt (2019, p. 151):

> A negociação coletiva possibilita que as partes cheguem a uma solução convencionada e produtiva, além de propiciar o estabelecimento de um vínculo de confiança entre si, tendo em conta que ela promove uma participação pacífica, integradora e democrática das organizações de trabalhadores e empregadores.[18]

E o autor complementa dizendo que a "[...] negociação coletiva, reconhecida como direito fundamental, é de máxima importância e efetividade, visto que protege os interesses coletivos e está fundada no direito fundamental da liberdade sindical" (BITTENCOURT, 2019, p.150).

No que tange ao ponto de partida da negociação, que são os direitos fundamentais dos trabalhadores, assevera Machado (2014, p. 10):

> [...] a Constituição Federal de 1988, alicerçada na dignidade da pessoa humana e na valorização social do trabalho, e almejando a proteção do trabalhador, traz previsão de importante lista de direitos e garantias mínimas despendidas a este, visando cumprir os fundamentos da República Federativa do Brasil.[19]

Desta forma, "[...] em razão da força normativa da Constituição, todas as normas infraconstitucionais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas à sua luz, passando por uma espécie de "filtragem constitucional" (SOUZA; CARVALHIDO, 2020, p. 88), aqui incluindo as normas

18 BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil. Belo Horizonte, 178 f.: il, 2019. p.151

19 MACHADO, Anna Catharina Fraga**. Limites da Negociação Coletiva para a Proteção dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores**. São Cristóvão, 2014. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4355/1/ANNA_CATHARINA_FRAGA_MACHADO.pdf. Acesso em: 04 out. 2021.

decorrentes da negociação coletiva. Estas devem promover melhorias, respeitando o patamar essencial já previsto pela legislação heterônoma.

De acordo com Melo (2020) a negociação coletiva tem o condão de implementar e adaptar novas tecnologias e métodos de trabalho e garantir melhorias nas condições laborais e na proteção dos trabalhadores e, acrescente-se, tendo como base os direitos essenciais dos trabalhadores e à luz do princípio da proteção, pois, os direitos alcançados através da negociação coletiva devem ter por função a melhoria da condição social do trabalhador.

Para Capelari (2009, [s.p]):

> O princípio da proteção ao trabalhador é um princípio que instrui a criação e a aplicação das normas de direito do trabalho. A proteção do direito do trabalho destina-se à pessoa humana, conforme mostra o art. 1º, III, da CF/88. O direito do trabalho surgiu para proteger o trabalhador, visando o equilíbrio entre o capital e o trabalho, gerando direitos e obrigações entre empregados e empregadores.[20]

Considerando o conflito de interesses entre o empregador que visa a aquisição do lucro e o trabalhador, que busca melhorias nas condições de trabalho, a negociação coletiva tem o condão de equilibrar os interesses contrapostos e contribuir para a viabilização e adequação das normas trabalhistas respeitando os princípios da Dignidade Humana e da proteção e concretização dos direitos fundamentais do trabalhador, (ZANFERDINI; ZACARIAS, 2016, p.135).

---

20 CAPELARI, Luciana Santos Trindade. **Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O Princípio da Proteção ao Trabalhador**. 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-70/constitucionalizacao-dos-direitos-trabalhistas-o-principio-da-protecao-ao-trabalhador/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9,face%20a%20altivez%20do%20empregador. Acesso em: 08, out. 2021.

Ainda, a negociação coletiva deve respeitar a natureza jurídica dos direitos em discussão. Nas palavras de Teodoro e Silva (2009, [s.p]):

> O fato é que a negociação coletiva não tem aptidão ou permissão para renunciar (coletivamente) aos direitos trabalhistas das categorias envolvidas. Pela negociação coletiva somente é possível que haja transação de direitos cuja indisponibilidade seja apenas relativa, ou seja, a Constituição Federal deve prever a sua "flexibilização" mediante convenção ou acordo coletivo (art. 7, VI, XIII, XIV, CF). Nos demais casos, onde não há o permissivo constitucional, os direitos se revestem de indisponibilidade absoluta e não poderão ser transacionados de forma a piorar a situação dos trabalhadores por meio da negociação coletiva.[21]

Para a Organização Internacional do Trabalho, o reconhecimento do direito à negociação coletiva, possibilita a elaboração e regulamentação de normas que complementem a legislação, permitindo a participação dos destinatários da norma na sua elaboração e a busca de benefícios para ambas as partes, garantindo aos trabalhadores direitos que promovam um trabalho digno.

Ainda de acordo com a OIT (2015), a negociação coletiva tem o condão de assegurar aos trabalhadores melhorias na qualidade do emprego, proporcionar melhor adequação ao salário e possibilitar a negociação de acordos e horas de trabalho, a fim de favorecer os interesses das partes e promover a segurança e a proteção no emprego, bem como a capacidade de promover a equidade no âmbito laboral e dar poder de voz aos trabalhadores possibilitando outros direitos que assegurem o trabalho decente.

---

21 TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta. **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, v. 12, n. 64, maio 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6082. Acesso em: 19 out. 2021.

Nessa ordem de ideias, hialina a importância da negociação coletiva, norteada e pautada no princípio da proteção enquanto mecanismo de diálogo social e capaz de promover trabalho decente nos moldes propostos pela ANDT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Organização Internacional do Trabalho surge no ano de 1919, num contexto pós primeira guerra mundial, onde se vislumbrou a necessidade de busca por melhores condições de trabalho para que efetivasse a paz duradoura e uma justiça social, sendo que durante todo esse período de sua existência, teve sua atividade voltada especialmente para a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador a de estabelecimento de políticas para o exercício de um trabalho que seja decente.

E desta forma, a política do trabalho decente se tornou pressuposto para que tanto o homem quanto a mulher tenham direito a um trabalho digno com liberdade, equidade, segurança e dignidade, que possa eliminar a desigualdade social, combater a pobreza, erradicar o trabalho escravo, promovendo o pleno emprego. O conceito de trabalho decente tem como foco a proteção ao trabalhador.

Devido as transformações ocorridas no mundo do trabalho, com o advento da Lei n°13.467/17, conhecida como "Reforma Trabalhista", resultou em uma série de mudanças na legislação do trabalho, de forma considerável, impactando o direito material e processual do trabalho. Por conseguinte, vale ressaltar as diversas alterações produzidas na negociação coletiva, importante meio de auto composição dos conflitos coletivos e de regulação das relações laborais.

Nesse sentido, a promoção do Trabalho Decente, compromisso assumido pelo governo brasileiro junto à OIT, é considerada uma prioridade política pátria e, para torná-lo realidade foi criada uma Agenda Nacional do Trabalho Decente que tem como um de seus eixos o diálogo social.

Esta é uma forma democrática em um processo de comunicação na busca da construção de um consenso entre representantes dos governos, empregadores e trabalhadores sobre assuntos de interesses comuns pautado na Agenda

Nesse contexto, a negociação coletiva se consolida como um mecanismo de diálogo social que deve estar pautada no princípio da proteção.

A Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 reconhece de forma expressa, através do art. 7º, XXVI, a validade da negociação e das normas coletivas como instrumento capaz de assegurar os direitos e garantias mínimas nas relações de trabalho, bem como as Convenções n°98 e n°154 da OIT, ratificadas pelo Brasil que reforçam e estimulam o direito e o desenvolvimento da negociação coletiva, a fim de regular melhores condições de trabalho.

A negociação coletiva do trabalho, enquanto mecanismo do diálogo social, instrumento de promoção do trabalho decente, desempenha um papel importante na resolução de conflitos entre as partes e tem a capacidade de propor políticas laborais, promover a equidade na distribuição dos salários, regular e assegurar os direitos e as condições trabalhistas previstos na CF/88, à luz do princípio da proteção, na perspectiva de garantir trabalho digno para todos.

Assim sendo, conclui-se que a negociação e as normas coletivas são fundamentais na promoção do trabalho decente e na proteção ao trabalhador, regulando as relações laborais entre empregadores e

trabalhadores, concedendo a esses oportunidade de diálogo para melhorias na condição social do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Luiz Antônio Da Silva. **O trabalho decente na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e sua realização no Brasil**. 2019. 171 f. Dissertação (mestrado em Direito privado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

BORGES, Daniel Damásio; MOSCARDINI, Maria Laura Bolonha**. Direito: ramificações, interpretações e ambiguidades 4** / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos- Ponta Grossa - PR: Atena, 2021. Disponível em: https://sistema.atenaeditora.com.br/index.php/admin/api/artigoPDF/47242. Acesso em 08 out. 2021

BRASIL. **Agenda Nacional de Trabalho Decente**. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

CARVALHO, Daniel Leão. **Negociação Coletiva, uma perspectiva do direito Brasileiro** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 20 jul 2016, 04:15. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47024/negociacao-coletiva-uma-perspectiva-do-direito-brasileiro. Acesso em: 26 set. 2021.

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. **Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas: O Princípio da Proteção ao Trabalhador**. 2009. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-70/constitucionalizacao-dos-direitos-trabalhistas-o-principio-da-protecao-ao-trabalhador/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9,face%20a%20altivez%20do%20empregador. Acesso em: 08, out. 2021.

COSTA, Mônica Oliveira da. Trabalho decente segundo estudos da Organização Internacional do Trabalho. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2649, 2 out. 2010. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/17550. Acesso em: 14 set. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. São Paulo, p. 1640. LTr, mar. 2019.

JANUZZI, Adriano; MAGALHÃES, Aline. A FUNÇÃO SOCIAL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE CRIAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS: história, contextualização, comum acordo e desafios. **Revista Publius**, V. 1, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rpublius/article/view/3293. Acesso em: 01 out. 2021.

MACHADO, Anna Catharina Fraga. Limites da Negociação Coletiva para a Proteção dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. São Cristóvão, 2014. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4355/1/ANNA_CATHARINA_FRAGA_MACHADO.pdf. Acesso em: 04 out. 2021.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo, 35. ed. Saraivajur. 2019.

MELO, Raimundo Simão de. **Flexibilização de direitos por meio de negociação coletiva**. Revista Consultor Jurídico. 28 fev. 2020, 8h00. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/reflexoes-trabalhistas-flexibilizacao-direitos-meio-negociacao-coletiva#author. Acesso em: 07 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conheça a OIT**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 ago.2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas Internacionais de Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Decente**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242737/lang--pt/index.htm. Acesso em 15 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Negociação Coletiva. Guia de Políticas**. 2015. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714849.pdf. Acesso em: 19 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. **Declaração Mar Del Plata. Mar del Plata**, 2005. Disponível em: http://www.summitamericas.org/Documents%20for%20Argentina%20Summit%202005/IV%20Summit/Declaracion/Declaracion_POR%20IV%20Cumbre-rev.1.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

OIT, Conferência Internacional do Trabalho, 102.ª Sessão, 2013. Relatório VI **Diálogo Social**. Discussão recorrente sobre diálogo social, no quadro da Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa. 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_717833.pdf.Acesso em: 26 set. 2021.

SALES, Afonso Luís dos Santos. **O Princípio Da Proteção Ao Empregado No Direito Trabalhista:** Uma Ferramenta Necessária Para Tutela Da Classe Hipossuficiente. 2020**.** Disponível em**:** https://afonsolss.jusbrasil.com.br/artigos/849859254/o-principio-da-protecao-ao-empregado-no-direito-trabalhista-uma-ferramenta-necessaria-para-tutela-da-classe-hipossuficiente#:~:text=Em%20tempos%20de%20pandemia%20causada,para%20tutela%20da%20classe%20hipossuficiente. Acesso em: 08 out. 2021.

SOUZA, Aysha Jordhana Matias de; CARVALHIDO, Aline Carneiro Magalhães. **Os limites constitucionais da flexibilização juslaboral na pandemia do Covid-19**. Revista Científica Unifagoc – Jurídica. v. 5, n. 1 (2020). Disponível em: https://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/834/621. Acesso em: 15 out. 2021.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**. 2. ed. LTr: São Paulo, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta. **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, v. 12, n. 64, maio 2009.

Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6082. Acesso em: 19 out. 2021.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; ZACARIAS, Fabiana. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E SUA EFETIVIDADE COMO MEIO AUTOCOMPOSITIVO NA DISPENSA COLETIVA**. Revista Paradigma**, v. 25, n. 2, 2016. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/134-153. Acesso em 19 out. 2021.

9

O NOVO SISTEMA DO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR – PAT – UMA MUDANÇA A FAVOR DO TRABALHADOR OU DO FISCO?

Maria Lucia Ciampa Benhame Puglisi

1. DA ALTERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO DO PAT – PONTOS PRINCIPAIS – FORMA DE CONCESSÃO.

O Decreto 10.854/21, publicado em 10 de novembro traz em seu Capítulo XVIII, artigos 166 a 182 as regras relativas ao PAT, e tais regras são complementadas pelas contidas na Portaria 672/21.

Quanto às **questões fiscais**, as alterações são significativas, e só o deferem paras os benefícios concedidos para os empregados com remuneração até 5 salários-mínimos, e com limitação de um salário-mínimo no benefício, conforme artigo 186 do Decreto que modifica a legislação fiscal aplicável[1]

Toda empresa de alimentação coletiva, em qualquer categoria, **deverá estar registrada no PAT** (art 170 c/c 169 do Decreto 10.854/21 e art. 245 da Portaria 672/21). Assim, sejam as empresas que fornecem

1 Art. 186. O Decreto nº 9.580, de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 645. .....

§ 1º A dedução de que trata o art. 641:

I - será aplicável em relação aos valores despendidos para os trabalhadores que recebam até cinco salários mínimos e poderá englobar todos os trabalhadores da empresa beneficiária, nas hipóteses de serviço próprio de refeições ou de distribuição de alimentos por meio de entidades fornecedoras de alimentação coletiva; e

II - deverá abranger apenas a parcela do benefício que corresponder ao valor de, no máximo, um salário-mínimo.

alimentação diretamente, fornecedoras, sejam as facilitadoras (credenciadoras/emissora), denominadas prestadoras no sistema PAT.

A pesquisa pode ser efetuada no site do Ministério do Trabalho[2], no entanto, se a empresa que pesquisa for beneficiária, deverá através de Emil[3] do sistema PAT.

O Art. 174[4] Do Decreto permite que serviço de pagamento de alimentação seja operacionalizado por meio de arranjo de pagamento, estabelecendo como regras mínimas, obrigatórias que os créditos eletrônicos sejam mantidos em conta em nome do trabalhador, e não possam ser usados para nenhum outro fim.

2 https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/servicos/empregador/programa-de-alimentacao-do-trabalhador-pat/como-consultar-registro-inscricao-no-pat-a-partir-de-2008-1

3 atendimento.pat@economia.gov.br

4 I - os recursos a serem repassados ao trabalhador pela pessoa jurídica beneficiária para utilização no âmbito do PAT:

a) deverão ser mantidos em conta de pagamentos, de titularidade do trabalhador, na forma de moeda eletrônica, e serão escriturados separadamente de quaisquer outros recursos do trabalhador eventualmente mantidos na mesma instituição de pagamento; e

b) deverão ser utilizados exclusivamente para o pagamento de refeição em restaurantes e estabelecimentos similares ou para a aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, conforme a modalidade do produto, e deverão ser escriturados separadamente;

II - são vedadas as seguintes transações na conta de pagamentos de que trata a alínea "a" do inciso I:

a) saque de recursos; e

b) execução de ordens de transferência do saldo escriturado separadamente para fins de

execução do PAT; e

III - o valor do benefício concedido ao trabalhador, na forma de recursos aportados em conta de pagamento de que trata a alínea "a" do inciso I, independentemente de ter havido o desconto de sua participação, poderá ser integralmente utilizado pelo trabalhador após a rescisão do seu contrato com a pessoa jurídica beneficiária do programa.

§ 1º O arranjo de pagamento de que trata o caput poderá ser aberto ou fechado.

§ 2º Caberá à pessoa jurídica beneficiária orientar devidamente os seus trabalhadores sobre a utilização correta dos instrumentos de pagamento referidos no caput .

§ 3º A pessoa jurídica beneficiária será responsável pelas irregularidades a que der causa na execução do PAT na forma prevista neste Capítulo

O mesmo artigo veda ainda o saque do valor destinado à alimentação, bem como a transferência de recursos para outra conta com destinação diversa.

Os créditos podem ser fornecidos por arranjos fechados ou abertos. Arranjo fechado caracteriza-se pelo credenciamento das empresas que poderão fornecer refeições ou alimentos com utilização de seu meio de pagamento, que deve ocorrer até a liberação do arranjo aberto, em instrumentos separados.

Já o arranjo aberto permite que o valor destinado a alimentação/refeição seja usado em qualquer estabelecimento, como um "cartão de débito" em que todos os estabelecimentos que atendam tal "bandeira" poderão recebê-los.

No entanto, o arranjo aberto somente terá vigência[5] em 18 meses a contar da publicação do Decreto, sendo assim, até 18 meses da edição do Decreto, somente os arranjos ditos fechados podem ser utilizados.

Provavelmente porque o MTP terá tal prazo para regulamentar tal formação do benefício, de maneira a impedir o uso indevido de recursos da alimentação para outros fins.

As penalidades pelo uso indevido atingem ambas as empresas envolvidas na transação, com o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica fornecedora ou facilitadora e para a pessoa beneficiária, a perda do incentivo fiscal.

---

5 Art. 188. Este Decreto entra em vigor:

I – 18 (dezoito) meses após a data de sua publicação, quanto:

a) ao § 1º do art. 174 ;

b) ao art. 177 ; e

c) ao art. 182 ; e

II – 30 (trinta) dias após a data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos

Portanto, somente após maio de 2023 o arranjo aberto poderá ser utilizado, seguindo as regras contidas no Decreto e em eventual regulamentação que vier a ser publicada, o uso antecipado gera risco trabalhista e fiscal para a empresa beneficiária.

Importante frisar ainda que a empresa fornecedora ou facilitadora deve ter registro no PAT obrigatoriamente, assim, as empresas beneficiárias devem se atentar e exigir a apresentação de tal registro, que deve indicar a natureza do cadastro. É importante verificar e checar o registro para que um cadastro de beneficiária não seja usado para fins de fornecimento[6].

Mesmo quando da liberação do arranjo aberto, o que ocorrerá somente em 18 meses após a publicação do Decreto, os pagamentos de valores destinados à alimentação e refeição não poderão ser escriturados de maneira a que haja comunicação entre saldos de outros benefícios, conforme disposto no artigo 174 do Decreto.

2. AS NOVAS REGRAS DO DECRETO 10.854/21 E PORTARIA 672

Portanto, para fornecer alimentação considerando as regras publicadas:

I Para que o pagamento seja efetuado dentro das regras do PAT, ou seja, com incentivo fiscal:

a) Em até 18 meses: somente no arranjo fechado atual, ou seja, dois cartões diferentes para cada benefício – refeição e alimentação

6 As empresas podem buscar os registro no site do MTP: http://www.trabalho.gov.br/sistemas/patnet/ verificando a categoria de registro da empresa fornecedora ou facilitadora.

b) Após 18 meses da vigência da Portaria, verificando-se eventual regulamentação – poderá haver um único cartão, desde que a escrituração seja separada de qualquer outro benefício, de maneira inequívoca.

Nessas novas regras, a empresa beneficiária assume várias obrigações com base no artigo 142[7] da Portaria 672/21 derivadas da sua inscrição no PAT, quando aderirá à todas as suas regras. Dentre elas entendemos de grande importância na gestão e no custo da gestão do PAT pela empresa beneficiária:

7 Art. 142. A pessoa jurídica beneficiária, na execução do PAT, deverá:

I - realizar sua inscrição no PAT por meio do portal gov.br para usufruir dos correspondentes benefícios fiscais;

II - garantir que o benefício possua o mesmo valor para todos os seus trabalhadores;

III - contratar profissional legalmente habilitado em nutrição como responsável técnico pela execução do PAT, o qual deverá se cadastrar por meio do portal gov.br e atuar mediante Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, quando mantiver serviço de alimentação próprio;

IV - obter de cada trabalhador confirmação de recebimento do instrumento de pagamento, quando for o caso, sendo admitida a confirmação por qualquer meio ou tecnologia, a qual deverá ser mantida à disposição da inspeção do trabalho e servirá como comprovação da concessão do benefício;

V - orientar devidamente seus trabalhadores sobre a correta utilização dos instrumentos de pagamento;

VI - dispor de programas destinados a monitorar a saúde e a aprimorar a segurança alimentar e nutricional de seus trabalhadores, na forma estabelecida em ato conjunto do Ministério da Saúde e do Ministério do Trabalho e Previdência;

VII - manter os documentos e registros relacionados aos gastos com o PAT, e aos incentivos fiscais dele decorrente, discriminados por estabelecimento, à disposição da inspeção do trabalho, sendo facultada a guarda em meio eletrônico; e

VIII - atualizar os dados constantes de sua inscrição sempre que houver alteração de informações cadastrais.

Parágrafo único. A inscrição a que se refere o inciso I:

I - implica na sujeição voluntária à integralidade das regras do PAT, inclusive àquelas relativas às infrações e respectivas sanções;

II - poderá ser feita a qualquer tempo e terá validade por prazo indeterminado;

III - poderá ser cancelada por iniciativa da pessoa jurídica beneficiária ou pela Subsecretaria de Inspeção do Trabalho da Secretaria de Trabalho do Ministério do Trabalho e Previdência, em razão de execução inadequada do PAT.

a) garantir que o benefício possua o mesmo valor para todos os seus trabalhadores;

b) contratar profissional legalmente habilitado em nutrição como responsável técnico pela execução do PAT, o qual deverá se cadastrar por meio do portal gov.br e atuar mediante Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, quando mantiver serviço de alimentação próprio

c) dispor de programas destinados a monitorar a saúde e a aprimorar a segurança alimentar e nutricional de seus trabalhadores, na forma estabelecida em ato conjunto do Ministério da Saúde e do Ministério do Trabalho e Previdência;

A empresa que hoje está inscrita no PAT deverá analisar com cuidado a possibilidade de cumprir com todos os requisitos elencados na lei, pois se não os cumpri todos, estará infringido a legislação do PAT, sujeita ao descredenciamento, multas administrativas e além da perda dos benefícios fiscais futuros, a possibilidade de cobrança de impostos não pagos em vista do incentivo utilizado em situação irregular.

A inscrição no PAT pode ser cancelada pela empresa beneficiária a qualquer momento, e portanto, se a empresa verificar que não tem condições de cumprir todos os requisitos deve analisar tal descredenciamento.

No entanto, as regras atuais permitem o pagamento de benefício alimentar sem natureza salarial fora do sistema PAT, sem o benefício fiscal, mas sem que tal verba seja considerada salarial.

Tal possibilidade surgiu com a nova redação do artigo 457 da CLT.

II Pagamento fora das regras do PAT, com base no artigo 457 da CLT:

O artigo 457 estabelece verbas que são consideradas como da natureza salarial e outras que não têm tal natureza:

> *Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)*
>
> *(...)*
>
> *§ 2o As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário*

No entanto, o artigo 457 não trata do que comumente chama-se de "benefícios", e que, portanto, têm tratamento jurídico e finalidades diversas deles, não trata do benefício pago sob a égide do PAT.

É importante que o auxílio seja destinado somente para alimentação, pois o trânsito de saldos em eventual conta de débito poderá gerar a descaracterização do pagamento, trazendo a natureza salarial para a verba.

Alertamos que para que um pagamento seja considerado salário utilidade basta que não configure benefício previsto em lei trabalhista e previdenciária. Assim, todas as verbas e benefícios devem sempre ser analisados com base nos artigos 457[8] e 458 da CLT c/c o artigo 28, especialmente o §9º da lei 8212/91.

---

8 Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1o Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2o As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do

O pagamento de verba alimentar em dinheiro ou em valores que podem ser transformados em dinheiro, ainda que por meio indireto trata o risco de sua caracterização como salário utilidade.

Portanto, conforme artigo 457 da CLT acima citado, o auxílio-alimentação pode ser pago por qualquer meio, exceto em dinheiro, justamente para vedar seu uso em outros fins que não a alimentação do trabalhador. Assim, ao permitir a sua concessão num cartão que permite o uso em qualquer despesa e até mesmo gerando um saldo em dinheiro, a EMPRESA descumprirá essa regra.

Assim, para que o pagamento siga as regras do artigo 457, deve haver inequívoca prova de que **o recurso não pode ser usado para nenhum outro fim, nem que gere saldo em dinheiro ao empregado.**

No entanto**, a empresa desistirá dos incentivos fiscais do PAT.**

3. RISCOS FISCAIS E TRABALHISTAS

O Decreto 10;854/21 traz mudanças no sistema PAT que impactam no benefício fiscal sobre o custo do PAT para as empresas beneficiárias.

Há duas limitações importantes além das obrigações procedimentais acima indicadas.

Uma que exige que **o benefício tenha o mesmo valor para todos os empregados da empresa**, e, portanto, empresas com estabelecimento em diferentes partes do Brasil deverão equalizar esses valores, para manter os benefícios fiscais. (art. 172 parágrafo único do Decreto[9]).

---

empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

9 Art. 172. A pessoa jurídica beneficiária do PAT observará as regras de dedução de imposto sobre a renda prevista nos art. 383, art. 641 e art. 642 do Decreto nº 9.580, de 2018.

Parágrafo único. O benefício concedido pela empresa beneficiária do PAT deverá possuir o mesmo valor para todos os seus trabalhadores.

Outra, é a de que **o benefício fiscal somente atingirá os valores pagos em até um salário-mínimo, e somente para a população de empregados que ganhem até 5 salários-mínimos**.

Benefícios concedidos a empregados com valores salariais maiores, ainda que dentro do sistema PAT não terão tal benefício fiscal.[10]

A empregadora deve ainda garantir os requisitos contido no artigo 142 da Portaria 672

> a) garantir que o benefício possua o mesmo valor para todos os seus trabalhadores;
>
> b) contratar profissional legalmente habilitado em nutrição como responsável técnico pela execução do PAT, o qual deverá se cadastrar por meio do portal gov.br e atuar mediante Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, quando mantiver serviço de alimentação próprio
>
> c) dispor de programas destinados a monitorar a saúde e a aprimorar a segurança alimentar e nutricional de seus trabalhadores, na forma estabelecida em ato conjunto do Ministério da Saúde e do Ministério do Trabalho e Previdência;

Se a empresa quiser se utilizar dos benefícios fiscais do PAT deverá, obrigatoriamente, seguir tais requisitos.

---

10 Art. 186. O Decreto nº 9.580, de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 645. .....

§ 1º A dedução de que trata o art. 641:

I - será aplicável em relação aos valores despendidos para os trabalhadores que recebam até cinco salários mínimos e poderá englobar todos os trabalhadores da empresa beneficiária, nas hipóteses de serviço próprio de refeições ou de distribuição de alimentos por meio de entidades fornecedoras de alimentação coletiva; e

II - deverá abranger apenas a parcela do benefício que corresponder ao valor de, no máximo,um salário-mínimo.

O requisito contido na letra a), no entanto, vi inviabilizar a manutenção do benefício dentro do PAT, e se mantido vai prejudicar o trabalhador, especialmente nas empresas que têm estabelecimentos em diferentes locais do Brasil, e mesmo em diferentes cidades de um mesmo Estado, pois as realidades de alimentação são muito diversas.

Os valores de auxílio a alimentação sempre forma calculados com base em pesquisas efetuadas no Brasil todo, analisando o custo médico da refeição dentro das regras nutricionais do PAT.

Antes da nova regra a empresa que estivesse fora do sistema PAT, que protegia o trabalhador com regras nutricionais e de valores que a cobrissem quando não fornecida em natura, corriam o risco de pagamento de um salário utilidade.

No entanto, isso mudou, coma possibilidade do pagamento com base no artigo 457 da CLT.

4. NATUREZA SALARIAL

O benefício alimentar pago pela empresa beneficiária do PAT não tem natureza salarial, como se verifica do artigo 178 do Dec. 10.854/21, sem in natura seja através dos instrumentos de pagamento autorizados pelo PAT.

> Art. 178. **A parcela paga in natura pela pessoa jurídica beneficiária**, no âmbito do **PAT, ou disponibilizada na forma de instrumentos de pagamento**, vedado o seu pagamento em dinheiro:
>
> I - não tem natureza salarial;
>
> II - não se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos; e
>
> III - não constitui base de incidência do FGTS.

Portanto, se a empresa concede o benefício de alimentação dentro das regras do PAT além do benefício fiscal terá segurança jurídica de que o benefício alimentar não terá natureza salarial.

O cuidado neste aspecto envolve usar desde já o benefício em formatação "aberta". Nesse caso, o benefício terá natureza salarial, uma vez que vedado o seu uso em até 18 meses a contar da publicação do Decreto, conforme seu artigo 186.

A outra forma de concessão do benefício e alimentação, no entanto, não sob a legislação do PAT, ou seja, sem o benefício fiscal é o analisado acima, com base no artigo 457 da CLT.

As empresas que o concederem na forma do art. 457 da CLT de maneira que não sejam pagas em dinheiro, mesmo que indiretamente, o que ocorreria, por exemplo, se o uso dos valores pudesse transitar para pagamento de outros benefícios, garantem a natureza não salarial do benefício, mas perdem o incentivo fiscal.

5. BENEFÍCIOS NA CLT E LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E FISCAL:

O artigo 458 da CLT trata dos ditos benefícios, que podem, ou não, ser configurados como salário utilidade, e, portanto, verba sujeita a todos os reflexos, indicando as vantagens que não terão tal natureza

Deve-se verificar, ainda, a legislação fundiária, que contém regra específica e somente exclui da base de cálculo do FGTS as verbas taxativamente indicadas na lei previdenciária, a teor do artigo 15, § 6º da lei 8036/90: "§ 6º Não se incluem na remuneração, para os fins desta Lei, as parcelas elencadas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

6. DOS CARTÕES MULTI BENEFÍCIOS E O PAT ATÉ MAIO DE 2023:

Como visto acima, o arranjo aberto só ingressará na legislação do PAT em 18 meses a contar de 10 de novembro de 2021.

Assim, hoje, tais pagamentos não podem ser efetuado sob a égide do PAT. Poderão ser efetuados sob as regras do artigo 457 da CLT, no entanto, não em cartões em que os saldos possam se misturar, a ponto de caracterizar o pagamento em dinheiro, como visto acima.

Os benefícios indicados nos cartões de multibenefícios, e a flexibilização escolhida pelo empregado unilateralmente entre benefícios de valores diversos, mostram que, muitas vezes, o cartão contém valores em dinheiro que serão usados em estabelecimentos credenciados para alimentação. Se tal "escolha" do empregado for totalmente aberta, a empresa correrá o risco de que todas as verbas ali inseridas, e não só a alimentar tenham natureza salarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas são as duas formas de concessão do benefício. Hoje, a forma paga dentro do PAT ainda é a única a gerar incentivos fiscais para a empresa, mas não é mais a única a permitir que o benefício não seja considerado como verba salarial.

Para a concessão do benefício alimentar, sem natureza salarial, há a possibilidade de a empresa estar fora do sistema do PAT, utilizando-se do previsto no artigo 457 d CLT

No entanto, neste momento e em até 18 meses, o pagamento por cartões de "arranjo aberto" não pode ser efetuado por empresas integrantes do PAT.

Essas mudanças podem não parecer prejudicais aos trabalhadores e mesmo às empresas. Mas o são.

Ao afastar a concessão do benefício alimentar da legislação do PAT, a nova regra permite que qualquer tipo de refeição seja fornecido, mesmo que não cumpra com requisitos nutricionais da melhor alimentação que era prevista no sistema antigo.

Na legislação anterior (portaria 3/2002) trazia como objetivo do programa "a melhoria da situação nutricional dos trabalhadores, visando a promover sua saúde e prevenir as doenças profissionais"

Essa Portaria já protegia o trabalhador de baixa renda ao dispor que os empregados com salário inferior a cinco salários-mínimos não poderiam receber um auxílio menor do que os melhores remunerados, e só permitia que empregados com salário superior fossem inseridos no programa se 100% dos empregados com ganho até cinco salários mínimos estivessem no programa:

> Art. 3º As pessoas jurídicas beneficiárias poderão incluir no Programa trabalhadores de renda mais elevada, desde que esteja garantido o atendimento da totalidade dos trabalhadores que percebam até cinco salários-mínimos, independentemente da duração da jornada de trabalho.
>
> Parágrafo único. O benefício concedido aos trabalhadores que percebam até cinco salários-mínimos não poderá, sob qualquer pretexto, ter valor inferior àquele concedido aos de rendimento mais elevado.

Por fim, a regra mais importante eram as regras nutricionais contidas na mesma Portaria.

> Art. 5º As pessoas jurídicas beneficiárias que participam do PAT, mediante prestação de serviços próprios ou de terceiros, deverão assegurar que a refeição produzida ou fornecida contenha o seguinte valor nutritivo,

> cabendo-lhes a responsabilidade pela fiscalização permanente dessas condições:
>
> I - As refeições principais (almoço, jantar, ceia) deverão conter 1.400 calorias cada uma, admitindo-se uma redução para 1.200 calorias, no caso de atividade leve, ou acréscimo para 1.600 calorias, no caso de atividade intensa, mediante justificativa técnica, observando-se que, para qualquer tipo de atividade, o percentual proteico-calórico (NDpCal) deverá ser, no mínimo, de seis por cento;
>
> II - desjejum e merenda deverão conter um mínimo de trezentas calorias e seis por cento de percentual proteico-calórico (NDpCal), cada um;
>
> III - as cotas das cestas de alimentos deverão conter o total dos valores diários citados nos incisos I e II deste artigo, observado o percentual proteico-calórico estabelecido.;

Ao praticamente forças as empresas a sair do PAT, com a restrição do benefício fiscal, e com a obrigação de pagar um valor idêntico aos trabalhadores de todo o Brasil, sem respeitar as diferenças regionais e sem respeitar as regras coletivas existentes, a nova regra é um desserviço à toda sociedade.

Caberá às entidades sindicais agirem para que tal situação não se mantenha, pois em se considerado uma regra alimentar de saúde, a alteração da regra do PAT, para por exemplo, permitir a alteração de valores regionais, poderá ser vedada por força do contido no artigo 611-B, XVII da CLT.

Por ora, perdem todos.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.

www.editorafi.org
contato@editorafi.org