AMATRA19

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO

PRO LABORE

Os novos desafios no mundo do trabalho, mediante as mudanças sociais e alterações tecnológicas contínuas na sociedade.

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO

Em homenagem ao desembargador

Jorge Bastos da Nova Moreira

Nº 01/ 2022

Colaboradores:

- Andrea Garziera
- Andréa Presas
- Carolina Marzola Hirata
- Cecilia Vianna
- Cláudio Araújo Santos dos Santos
- Edlene Maria Neri de Morais
- Flávio Luiz da Costa
- Flávvya Wanessa Abreu Marques
- Geórgia Martins Nova Moreira
- Giancarlo Perone
- Janete Aparecida Deste
- Jasiel Ivo
- Julio Lo Coco
- Luciane Cardoso Barzotto
- Luciano Martinez
- Michel Zaidan Filho
- Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis
- Murielly Nunes dos Santos
- Vanessa Rocha Ferreira

DIRETORIA DA AMATRA 19
DO BIÊNIO 2020 A 2022

Presidente: Carolina Bertrand Rodrigues Oliveira

Vice-presidente: Alonso Cavalcante de Albuquerque Filho

Diretora secretária: Kassandra Nataly de Andrade Carvalho Lima

Diretor tesoureiro: Alan da Silva Esteves

Diretor legislativo: Nilton Beltrão de Albuquerque Júnior

COMISSÃO CIENTÍFICA DA REVISTA

Carolina Bertrand Rodrigues Oliveira

Alan da Silva Esteves

Ricardo Tenório

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Maurício Amormino Júnior, CRB6/2422)

P964 Pro Labore: Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região / AMATRA19. – ano 1, n. 1 (jun. 2022). – Maceió, AL: Gogó da Ema, 2022.
21 x 29,7 cm

Semestral
Disponível em: https://amatra19.org.br/

1. Direito do trabalho. 2. Jurisprudência. I. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

SUMÁRIO

Apresentação
Carolina Bertrand 06

Homenagem ao Desembargador Nova Moreira
Geórgia Martins Nova Moreira 07

Discurso de abertura do Webinário Internacional da AMATRA 19 E EJUD 19
Andrea Garziera 09

Conferência do professor Giancarlo Perone: o impacto das inovações tecnológicas nas condições de vida da classe trabalhadora
Giancarlo Perone 14

El problema del desempleo, el trabajo informal y la inseguridad juridica laboral en la republica argentina
Julio Lo Coco 20

Gestante e garantia de emprego na pandemia: uma revisão
Luciane Cardoso Barzotto
Janete Aparecida Deste 26

A privacidade em tempos da covid–19
Flávio Luiz da Costa 45

O trabalho das pessoas transgênero e as suas peculiaridades
Luciano Martinez 68

Escravidão digital e trabalho decente: os impactos da revolução 4.0 na precarização do trabalho
Vanessa Rocha Ferreira
Murielly Nunes dos Santos 85

Uberização do trabalho: como anda a discussão no Brasil
Jasiel Ivo 100

Um espaço em busca da liberdade: reflexões sobre o trabalho informal no centro do Recife-PE
Edlene Maria Neri de Morais
Michel Zaidan Filho 129

Tratamento de dados pessoais do empregado no regulamento geral de proteção de dados da União Europeia
Geórgia Martins da Nova Moreira 145

O sindicato como representante legal dos trabalhadores e o direito de acesso aos dados pessoais
Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis
Carolina Marzola Hirata 158

Lei nº 14.151/2021: descumprimentos e consequências
Cecilia Vianna
Claudio Araujo Santos dos Santos
Janete Aparecida Deste 177

Tetrabalho em tempos de pandemia e o direito à desconexão
Andréa Presas
Flávvya Wanessa Abreu Marques 183

APRESENTAÇÃO

A A ideia de Revista PRO LABORE surgiu após termos promovido o I Webinário Internacional no dia 26 de outubro de 2021, sob a organização da presidência da AMATRA 19 e da acadêmica Geórgia Martins da Nova Moreira, mestra em Direito pela Universitá di Roma 2, Tor vergata, a quem coube a apresentação do evento e a iniciativa de convidar renomados juristas.

Agradecemos aos professores Giancarlo Perone, da Itália, Julio Lococo, da Argentina, Luciane Cardoso Barzoto da UFRS e Rodolfo Pamplona da UFBA pela participação e excelentes contribuições prestadas. Estendemos nossa gratidão ao presidente do TRT19, Marcelo Vieira, ao Cônsul Italiano Andrea Garzera, bem como à EJUD 19, à Fundação Orlando Gomes, à Faculdade Baiana de Direito e ao Escritório Jurídico do professor Julio Lococo, por todo o apoio dispensado.

Logo após concluído o Webinário, o diretor financeiro da AMATRA 19, Alan Esteves, doutor em Direito pela Universidade Católica de Porto Alegre, com seu contagiante entusiasmo, nos propôs o desafio para elaboração da presente revista, o que foi de pronto aceito, face a relevância dos debates em torno dos novos desafios no mundo do trabalho. Nossos articulistas nos premiaram com importantes reflexões.

Assim, nessa edição inaugural, prestamos nossas homenagens ao Desembargador Jorge Nova Moreira em reconhecimento aos relevantes serviços prestados à comunidade jurídica de Alagoas. Foi aprovado no primeiro concurso para magistratura do TRT 19 e o primeiro a alçar o cargo de desembargador entre seus pares, assumindo a presidência do Regional reinaugurou o Memorial Pontes de Miranda, ponto turístico na cidade. Logo após sua aposentadoria, nosso ex-presidente retornou para a capital da Bahia, deixando saudades nas terras alagoanas.

Desejamos que aproveitem a leitura e que nela encontrem inspiração não apenas para o exercício de suas atividades, mas para a construção de novos paradigmas sociais.

Maceió, 15 de junho de 2022.

Carolina Bertrand
Presidente da AMATRA 19

HOMENAGEM AO DESEMBARGADOR NOVA MOREIRA[1]

Com alegria e orgulho, recebi o convite da Amatra 19 para escrever um texto em homenagem ao meu pai, Jorge Bastos da Nova Moreira, magistrado aposentado. O que dizer sobre esse homem tão presente na minha vida? Passaram muitas coisas na minha cabeça, desde os momentos mais felizes da minha infância, até o momento atual, em que o vejo firme, feliz e ainda cuidando de mim. Não posso deixar de falar que Jorge Bastos da Nova Moreira é, indiscutivelmente, exemplo de pessoa, de pai, de esposo e de profissional. É um homem de imenso valor, caráter irretocável e coração aberto.

Cursou Direito na Universidade Federal da Bahia, de 1963 a 1967, período em que estagiou na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, sob a orientação do ilustre jurista Luís de Pinho Pedreira, que veio a se tornar um grande amigo e colega, com quem frequentava o Clube Inglês da Bahia.

Graduado, já em janeiro de 1968, trabalhou como advogado da Federação dos Trabalhadores das Indústrias do Estado da Bahia. Em 1976, foi admitido como Procurador da Rede Ferroviária Federal (LESTE), por meio de concurso público, em que obteve o 1º lugar.

Em 1978, foi novamente admitido por concurso público, desta vez no cargo de Procurador da Fazenda do Estado da Bahia, onde atuou até o ano de 1993. Nesse mesmo ano, ingressou na Magistratura, após ter sido aprovado no 2º lugar, no 1º Concurso deste Tribunal. A posse ocorreu em 26/03/1993, para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto. Sua permanência como Juiz do Trabalho Substituto foi efêmera, no mesmo ano foi promovido a Juiz Titular na Vara de Atalaia a qual ele instalou e foi o primeiro Juiz Titular.

Foi promovido em 11 de junho de 2002, por merecimento, ao cargo de Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, sendo o primeiro juiz do primeiro concurso público para Juiz do Trabalho a conseguir tal feito. Na sua cerimônia de posse, trouxe um pouco da comunidade jurídica de Salvador para Maceió, tantos foram os colegas e amigos que se deslocaram para a capital de Alagoas. No biênio de 2008-2010, exerceu com proficiência o cargo de Presidente do Tribunal. Vale destacar que, durante a sua gestão, houve a criação e instalação da Vara de Porto Calvo.

É oportuno, também, mencionar a revitalização do Memorial Pontes de Miranda com suas novas instalações, incluindo o acervo de obras disponibilizadas pela família,

---

1 Geórgia Martins Nova Moreira. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, mestre e doutoranda em Direito Romano e Direito Civil pela Universidade de Roma - Tor Vergata.

bem como fotos, gravações e documentos, incluindo o registro da última conferência do eminente jurista, proferida na cidade de Salvador, diante de ilustre plateia que lotou as dependências do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Não posso deixar de lembrar, ainda, a amizade com o Mestre Orlando Gomes e família, de quem foi discípulo, desde o início do Mestrado de Direito Econômico na Universidade Federal da Bahia.

Foram 20 anos muito bem dedicados à Magistratura, nos quais atuou com serenidade, integridade e pulso firme, servindo de modelo e inspiração aos juízes mais jovens e àqueles que pretendiam seguir a carreira. Sempre com constante alegria e gentileza no trato com as pessoas, sendo muito querido pelos servidores, advogados e jurisdicionados, de modo que mantém até os dias atuais contato com os colegas. Ele fez grandes amizades, como com a Presidente dessa Associação, a querida excelentíssima Carolina Bertand e também o estimado Diretor desta Associação, Dr. Alan da Silva Esteves. É para mim, singularmente, um ser humano ímpar, com seu senso de justiça. Além disso, Jorge Bastos da Nova Moreira, meu querido pai, é uma referência como profissional.

DISCURSO DE ABERTURA DO WEBINÁRIO INTERNACIONAL PELO CONSUL HONORÁRIO DA ITÁLIA NO BRASIL[1]

Antes de tudo, agradeço à cara Doutora Georgia Nova Moreira pelo agradável convite a contribuir (com a minha pequena parte), com a abertura desse importante debate jurídico internacional acerca das implicações entre a pandemia COVID-19 e as relações de trabalho.

Naturalmente, cumprimento a todas as senhoras e senhores presentes e as várias instituições que representam:

A Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 19ª Região

A Escola Judicial do TRT da 19ª Região

A Fundação Orlando Gomes e da Faculdade Baiana de Direito

Vossa Excelência Dra. Carolina Bertrand, Presidente da AMATRA 19

Vossa Excelência Dr Marcelo Vieira, Presidente do TRT 19

Vossa Eccellenza o Professor Giancarlo Perone (ex-Presidente da Delegação Italiana na OIT, ex-diretor do Mestrado da Università degli Studi di Roma – Tor Vergata, professor visitante estrangeiro das Universidades de Bogotá e UFMG, CoPresidente do Instituto Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho).

O Professor Julio Javier Lo Coco (professor da Pontifícia Universidad Católica Argentina e da Universidad de Buenos Aires).

Dr. Ricardo Maurício Soares, professor da Faculdade Bahiana de Direito e da Faculdade de Direito da UFBA.

A Professora Luciane Cardoso Barzotto (Coordenadora do Grupo do Grupo de Estudos LGPD e Trabalho, desembargadora e professora da UFRGS).

A Professora de Direito do Trabalho Gabriela Curi, da Faculdade Visconde de Cairú,

Vossa Excelência Dr. Rodolfo Pamplona (Juiz do Trabalho, coordenador do curso de Especialização e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito e membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho). e naturalmente o amigo e ex-presidente do TRT 19ª região, Vossa Excelência Dr. Jorge Nova Moreira per il gradito invito ad aprire questa interessantissima discussione giuridica sul rapporto fra la Pandemia da Corona Virus 19 ed il mondo del lavoro e che mi offre lo spunto per alcune considerazioni che rimetto alla valutazione degli illustri partecipanti per averne chiarimenti e approfondimenti.

---

1 Discurso inicial proferido pelo Cônsul Honorário da Itália no Brasil, Andrea Garziera, para abertura do Webinário Internacional promovido pela AMATRA 19 (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO) E EJUD 19. Foi realizado dia 26.10.2021.

Inizio da una osservazione generale: indubbiamente la Pandemia ha trovato la totalità dei Paesi investiti, impreparati sia a comprenderne la portata, sia a predisporre opportune difese.

Dopo quasi due anni dal suo insorgere , possiamo partire dalla visione di una diffusione rapida, agevolata dalla facilità di trasporti fra Paesi, dall'iniziale incomprensione del fenomeno considerato una forma influenzale più violenta del solito, per arrivare alla considerazione che si trattasse purtroppo, di un nuovo fenomeno pandemico, a cui non eravamo preparati , a distanza di quasi un secolo dalla epidemia detta di "Spagnola" che fra il 1917 e i successivi primi anni venti, causò circa venti milioni di morti nel mondo intero.

Ovviamente i rimedi immediati furono legati, da un lato alla ricerca di farmaci e terapie ospedaliere che offrissero una prima barriera alla diffusione del virus, accompagnandola, dall'altro lato, da una serie di restrizioni dei movimenti, dei contatti e delle attività sociali che offrissero una forma di "quarantena" cautelare, che limitasse al massimo la diffusione dei contatti personali e quindi del virus, da soggetti ammalati ad altri in quel momento sani.

Tutti sappiamo che una simile restrizione delle attività abituali, ha influito sull'industria, sul commercio, sulle professioni, sull'intera attività pubblica e sociale, di cui un primo impatto negativo fu l'affollarsi delle terapie intensive negli ospedali e dei reparti appositamente creati per gli ammalati di Covid, a discapito purtroppo di tutte le cure per le altre malattie che hanno visto in quei momenti drasticamente ridotte le loro terapie e differiti quelli che, fino a poco tempo prima, erano interventi, se non sempre tempestivi, sicuramente e ordinatamente scaglionati nel tempo.

A fronte di un tale spaventoso impatto abbiamo fortunatamente assistito allo sforzo delle principali nazioni nella ricerca di un vaccino che offrisse la principale e più sicura difesa contro la malattia.

Dobbiamo dare atto che, a fronte di enormi investimenti, le case farmaceutiche sono riuscite a porre sul mercato diverse opzioni vaccinali, in un lasso di tempo brevissimo rispetto ai molti anni necessari precedentemente allo studio ed alla sperimentazione di vaccini, pur, necessariamente, differendo nel tempo una più accurata analisi degli eventuali effetti negativi della somministrazione del vaccino, effetti per fortuna ad oggi risultati estremamente rari, offrendo quindi la vittoria dei benefici su possibili danni.

Parallelamente all' attenzione sociale , distanziamento ,look down necessari, uso di sistemi di protezione personale come guanti, mascherine e disinfettanti manuali, si é avuta la sempre più ampia somministrazioni di dosi vaccinali, a copertura della maggior parte della popolazione.

Come tutti i grandi interventi, anche queste difese, hanno avuto un avvio ed una diffusione non sempre facile, hanno suscitato malumori, critiche, e attese a volte non soddisfatte, ma al momento si può tracciare un percorso positivo, dimostrato anche dall'odierna discussione scientifico giuridica , che un anno fa sarebbe stata impensabile, mentre ora offre una finestra di ottimismo per la ripresa di ogni aspetto della vita sociale. Dal nostro punto di vista appaiono quindi necessarie alcune riflessioni su problematiche che, siamo sicuri, verrano affrontate nel corso dei lavori e offriranno oltre che soluzioni, ulteriori spunti di indagine.

Ora, se il ricorso ai vaccini offre dal punto di vista medico la miglior soluzione immediata alla lotta contro la pandemia, sorgono parallelamente alcune questioni di non facile soluzione pratica.

Dato per scontato il ricorso alla vaccinazione, il primo impatto per i singoli Paesi è stato di valutare se sia possibile rendere obbligatoria la vaccinazione a tutta la popolazione, o se essa debba solamente venire incoraggiata e in un certo senso spinta, convincendo il maggior numero di cittadini ad usufruirne.

Parallelamente era sorto il problema di come valutare il rifiuto di parte pur ridotta della popolazione, ad accedere ai vaccini.

Tale rifiuto è perfettamente accettabile per coloro che, affetti da particolari patologie, non possano sopportare o ricevere senza gravi rischi il vaccino, ma diventa di più complessa valutazione per coloro che, sulla base di posizioni strettamente personali o sulla base di possibili diverse interpretazioni scientifiche , rifiutino la vaccinazione. Tale posizione fa sorgere una differente serie di problemi ai quali i Governi sono tenuti a porre soluzione.

Il primo è sicuramente il rapporto degli incontri inter personali fra Soggetti vaccinati o no, il riconoscimento che pur in presenza di vaccino vi possano essere portatori " asintomatici" del virus e quindi idonei a trasmetterlo ulteriormente.

Il secondo è relativo all'impatto nel modo economico, pubblico o privato, che la ripresa della attività lavorative sta implicando.

Il ricorso al così detto smart working, esteso anche allo studio e all'istruzione in genere, deve essere necessariamente temporaneo e quindi debbono essere posti in essere diverse strategie di tutela dei lavoratori di ogni ambito.

Sorge così il problema se sia possibile imporre ai lavoratori un obbligo vaccinale diretto, o ricorrere a forme indirette di controllo della presenza o meno di vaccini, cioè il ricorso ad una specie di " patente o passaporto sanitario " in molti Stati definito "green pass", che riportato su strumenti digitali, quali ad esempio i cellulari, permetta l'accesso alle aree di lavoro dei lavoratori o degli addetti alle attività, compresi i clienti, solo dei soggetti vaccinati.

Ma ciò potrebbe, come sopra osservato, porre problemi di incostituzionalità anche di un tale meccanismo di controllo, che potrebbe discriminare i non vaccinati a vario titolo (volontari del rifiuto del vaccino o soggetti ai quali non possa essere somministrato)

Parallelamente vi sarebbe anche l'ipotesi della sanzioni da comminare e se sia possibile determinarle e accertarle.

Primo fra tutti il problema, se , data l'obbligatorietà della prova dell'avvenuta vaccinazione, siano possibili sanzioni a chi non dimostri di essersi vaccinato, quali la sospensione dal lavoro, la mancata retribuzione, l'isolamento dal mondo del lavoro, senza violare diritti acclarati di questi lavoratori.

Altro problema da affrontare é quello se, in assenza del certificato vaccinale, sia possibile accedere al lavoro ricorrendo ai tamponi che comprovino la condizione ottimale di saluto del lavoratore.

Ma è evidente che, anche in una simile ipotesi, si ripresenteranno i dubbi sulla costituzionalità di un simile obbligo, unito alla realtà di chi debba sopportare i costi per i tamponi e della loro ripetibilità nel tempo per comprovarne la validità, tempo solitamente limitato al massimo a 72 ore, come nell'ipotesi di tamponi da effettuarsi per accedere a voli internazionali.

Appaiono così evidenti contrasti fra i diritti dei soggetti, vaccinati o meno, lavoratori o entranti in contatto con i lavoratori, nonché responsabilità di chi debba effettuare i controlli, applicare eventuali sanzioni o accertare le possibili violazioni.

Nuove problematiche giuridiche che richiedono rapide risposte e soluzioni.

Voglio chiudere con due considerazioni particolari.

La prima è relativa all'uso dei moderni sistemi di comunicazione e di intelligenza artificiale, purtroppo non sempre attuati al meglio o, peggio, ignorati.

Basti questo esempio: come riportato in una pubblicazione giuridico scientifica, recentemente tradotta e pubblicata in questi giorni in Brasile, nell'inizio dell' autunno cinese del 2019, un sistema di monitoraggio satellitare compiuto da una società americana che controllava i vari aspetti logistici di aziende di proprie clienti e operanti in Cina, aveva accertato come il parcheggio auto al di fuori dell'ospedale di Wuan, solitamente non affollato, risultasse pieno di veicoli, il che comportava una valutazione sull'aumento di visite o ricoveri in ospedale e quindi la presenza di un avvento improvviso e di difficile controllo.

La Società trasmise queste informazioni alle case madri delle filiali operanti in Cina, raccomandando di richiamare i loro dirigenti .

Quindi, un maggior ricorso a siatemi governativi o privati di accertamento di tali

variazioni (trasporti, limitazioni di percorsi, diffusione di comunicazioni pubbliche o private) avrebbero potuto far comprendere che si era in presenza di un fenomeno nuovo, complesso e di grave pericolo.

Adesso una considerazione ottimistica: anche le pandemie , al loro termine, offrono lati positivi. Quando l'Europa fu investita fra il 1346 e il 1352 della violentissima epidemia di " peste nera" che falcidiò anch'essa venti milioni di persone che rappresentavano un terzo dell' intera popolazione europea, al suo cessare si presentò una situazione nuova: i proprietari terrieri o i gestori di attività industriali o artigianali sopravvissuti avevano necessità di nuova mano d'opera, e si rivolsero ai consulenti potenziali lavoratori.

Questi ultimi, ammaestrati dalla pandemia, compresero l'importanza del loro apporto, e chiesero condizioni economiche e di vita migliori.

Si ebbe così una maggior circolazione di denaro e di interesse di spesa, per esempio si iniziarono a comperare vestiti almeno una volta all'anno, a mangiare meglio e con più carne, così che la Firenze della fine del Trecento aveva le più importanti produzioni di lana europee e persino il maggior numero di macellerie, un aumento delle colture pregiate quali il vino e l'olio e i primi grandi istituti bancari.

Ora ferme le riflessioni di cui sopra , dobbiamo prendere atto di una nuova evoluzione della pandemia che ha recentemente mutato forma di incidenza, sviluppando una nuova variante, la Omicron, che ha imposto nuove strategie legate alla più rapida diffusione ma anche alla minor gravità finale. Il che non può rallentare né le cautele né l'abbandono delle necessarie applicazioni giuridiche , ma solo un necessario adeguamento alle nuove realtà.

CONFERÊNCIA DO PROFESSOR GIANCARLO PERONE: O IMPACTO DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NAS CONDIÇÕES DE VIDA DA CLASSE TRABALHADORA

GIANCARLO PERONE[1]

Permitam-me começar minha palestra dirigindo uma saudação cordial e um desejo fervoroso de bom trabalho a todos aqueles que se reuniram aqui, graças às facilidades do progresso tecnológico e pode parecer um prodígio, mas como sempre é decisiva a iniciativa do ser humano. Eu uso o adjetivo enésima porque fiquei satisfeito em notar o florescimento dos webinars promovidos por advogados trabalhistas para seus colegas.

Acredito que podemos reconhecer não apenas o valor das elaborações científicas que resultaram, mas também o mérito de contribuir neste momento delicado para a compactação do país, concentrando preciosas energias intelectuais espalhadas sobre a vastidão de seu território e assim fortalecendo-as graças a oportunidades semelhantes de contato e discussão.

E permitam-me prestar homenagem à pessoa que desejou a realização deste evento, dedicando-o a um estudo aprofundado de um tema escolhido com acuidade e clarividência: a presidente da Amatra 19 Carolina Bertrand, a primeira mulher a se tornar presidente dessa associação. Eu também gostaria de agradecer a ela pela gentileza com que me recebeu, sempre virtualmente é claro em razão da pandemia, confirmando, assim, as qualidades de simpatia pelas quais - me dizem - ela é famosa.

Gostaria de terminar "in bellezza" (este é um ditado comum na Itália no final de uma apresentação, e neste caso é particularmente apropriado), agradecendo a Georgia Nova Moreira, Mestre e estudante de PhD na Universidade de Roma Tor Vergata, pela gentileza e inteligência com que me contatou, convidando-me para este evento e fornecendo-me sempre informações úteis a minha participação.

1 Conferência proferida pelo Professor Giancarlo Perone, no Webinário Internacional promovido pela AMATRA 19 (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO) E EJUD 19. Foi realizado dia 26.10.2021. O professor Giancarlo Perone Possui graduação em Direito - Universita degli Studi La Sapienza (1961). Atualmente é Professor Visitante Estrangeiro na Universidade Federal de Minas Gerais, pela bolsa CAPES PVE. Foi Diretor do Mestrado em direito do trabalho - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". É também, co-presidente do Instituto Italo-brasileiro de direito do trabalho -IIBDT. Tem quase quarenta anos de experiência como Professor Titular de direito do trabalho e direito coletivo do trabalho, e como Advogado especializado no contecioso trabalhista. É consultor de empresas e de organismos de direito público. É autor de vários livros e manuais de direito do trabalho de direito sindical bem como de direito do trabalho comparado. Escreveu nas mais importantes revistas italianas de direito do trabalho. Conferencista e palestrante de numerosos Congressos nacionais e internacionais de direito do trabalho e direito coletivo do trabalho.

Meu português é notoriamente ruim, é um português de rua sem o estudo sintático necessário e de extensão lexical limitada, baseado na regra conveniente de que quando for preciso traduzir uma palavra que não se conhece, é possível confiar na alta probabilidade de que as palavras sejam semelhantes. Tal atitude pode ser boa em conversas não oficiais, mas falar em um ambiente acadêmico requer outro nível.

Além disso, neste assunto eu sofro a dificuldade causada pela longa distância, do tempo em que pude praticar o idioma em estadias mais longas ou mais breves em território brasileiro.

Agora eu perdi o benefício desse tipo de imersão total que vem ao entrar na vida diária de outro povo e familiarizar-se com seu idioma, então aqui eu leio (é muito mais fácil para mim) as valiosas traduções do meu trabalho, feitas pela doutora Ligia Ramia Munerati e pela doutoranda da Universidade de Roma La Sapienza, que agradeço também pela colaboração na melhoria do conteúdo do texto, Priscila Lauande, as quais eu agradeço cordialmente.

De início, gostaria de dizer algumas palavras na análise do tema que nos fez reunir aqui hoje, graças às maravilhas da moderna tecnologia telemática. Gostaria de indicar qual é, na minha opinião, o significado mais autêntico e o mérito da escolha de centrar a atenção dos participantes no encontro de hoje nos desafios 'no' mundo do trabalho, ou seja, não apenas os desafios da sociedade contemporânea ao mundo do trabalho: não apenas estes, nem naturalmente apenas os desafios do mundo do trabalho, e como nós juristas - devo salientar - não apenas os do direito do trabalho.

Não há dúvida de que a realidade atual apresenta adversidades ao mundo e ao direito do trabalho. Refiro-me a fenômenos como a globalização, que tem colocado desafios muito sérios, traçando, no plano da realidade, sulcos profundos, dividindo países que estão destinados a tornar-se progressivamente mais ricos e outros, pelo contrário, a tornar-se mais pobres, com as consequentes repercussões altamente negativas nos níveis de emprego e nas condições de vida e de trabalho da classe trabalhadora nestes países; e tendo um impacto igualmente significativo a nível conceitual, causando a destruição sistemática de ideias, princípios e construções que sempre constituíram o horizonte no qual os estudiosos do trabalho se moveram, tais como a nacionalidade, a territorialidade e o estado da lei, comprometendo assim a não-derrogação da proteção laboral.

Refiro-me também ao fenômeno da inovação tecnológica, que tem consequências de grande alcance para a produção e os métodos de trabalho. Prometo voltar mais tarde a este fenômeno em maior detalhe (mas sempre dentro dos limites do tempo permitido para o meu discurso), mas gostaria de reiterar aqui que o direito do trabalho, pela sua vocação essencial, é chamado a constituir um instrumento de justiça, o que implica, como

seus objetivos, o reconhecimento da dignidade de cada trabalhador e dos seus direitos inalienáveis, e a proteção da parte mais fraca na relação de trabalho. E nada menos que isto poderia ser o manifesto dos desafios em que o direito do trabalho pode ser envolvido.

Os desafios da sociedade contemporânea ao trabalho e a legislação destinada a garantir-lhe uma proteção justa são bem conhecidos. No entanto, seria insuficiente parar de os ilustrar, e se necessário, de os lamentar. O mérito desta abordagem temática, pelo contrário, reside na consciência da possibilidade e da necessidade, e na justa pretensão de indicar os desafios que o direito do trabalho, no seu renascimento, é chamado a fazer à sociedade contemporânea, para a reafirmação de valores a respeitar sempre, e em toda a parte, e para a recuperação da distinção entre legalidade, isto é, agir em conformidade com a lei, e legitimidade, ou seja, agir de acordo com a justiça.

A vitória nestes desafios significaria, para o direito do trabalho e para os juristas trabalhistas, salvar a sua razão de ser, mas também salvar o mundo do trabalho. A perda, por outro lado, significaria o fim da razão de ser do direito do trabalho e dos estudiosos do trabalho, e para o mundo do trabalho, a afirmação ilimitada da vontade dos mais fortes.

Com estas breves questões esclarecidas - espero - a substância e a relevância dos desafios, é dada a ênfase, por assim dizer, ao terreno do enfrentamento. Uma vez que o próprio confronto é encarado por juristas em defesa de valores que aqui são contestados com base no seu desenvolvimento jurídico, a oposição fará sentido na medida em que é levada a cabo a nível jurídico, dando origem a conclusões de relevância jurídica.

Tendo reiterado que o objetivo essencial do direito do trabalho é alcançar a justiça social, devo acrescentar que não ignoro como a escolha do direito do trabalho - a começar pela dos acadêmicos, seguida pela dos magistrados, advogados e estudantes universitários mais elevados - é geralmente motivada por opções éticas e ideológicas. No entanto, já há algum tempo que venho repetindo que quem quer que seja confrontado com um problema legal, se quer realmente chegar ao fundo do problema, deve mover-se no terreno da lei, abrigado do entrelaçamento e sobreposição sugeridos pelas opções pessoais acima mencionadas.

O critério "*Ne sutor supra crepidam judicaret*": "Que o sapateiro não julgue mais alto que o sapato" foi o famoso lema de Apelle para o sapateiro demasiado presunçoso, a ser repetido a nós juristas também, se estivermos convencidos de que a definição de artesão de direito não implica desqualificação mas, sim, prestígio reconhecido, de acordo com a antiga e nobre tradição que compara o artesão ao artista.

Mas sem presunções de omnisciência, ou seja, sem tirar o pó do significado menos aceitável que os romanos deram à esfera da jurisprudência, expandindo-a até ao extremo. Ulpiano define o direito como conhecimento "rerum humanarum divinarumque":

ou seja, o conhecimento das coisas humanas e divinas e a escolha do justo e do injusto. Se pode fazer a mesma afirmação com uma linguagem moderna e mais compreensível, recorrendo a terminologia desportiva. A referência ao impedimento do futebol é, por isso, proposital. A situação do jurista que pensa, em vão, em alcançar resultados válidos de natureza devidamente legal, deixando o campo de direito, para procurar noutros lugares elementos que sustentem a sua tese, pode, de fato, ser comparada à situação do jogador de futebol que consegue marcar um gol partindo, no entanto, de uma posição de impedimento e, portanto, vê a sua proeza anulada pelo árbitro, preciso na aplicação dos regulamentos sobre o assunto. Outro caso em que, à luz da regulamentação desportiva competente, a irregularidade na posição do jogador é anulada pelo fato de ele marcar o que, à primeira vista, poderia parecer um resultado positivo em benefício da sua equipe, é o relativo aos pontos que podem ser anulados em detrimento do jogador de basquetebol e da sua equipe por terem sido (aparentemente) conquistados, na circunstância, em virtude da infração constituída pela invasão do campo.

Só que, sem prejuízo das considerações anteriores sobre a necessidade de se cingir ao campo do direito, é necessário considerar a natureza revolucionária com que as manifestações do progresso tecnológico têm vindo a inserir na área da investigação e reflexão dos estudiosos do trabalho e têm quebrado não só formas profundamente enraizadas de organização e desempenho do trabalho, mas também divisões tradicionais de competência disciplinar para o estudo dessas formas.

O resultado é o mal-estar do jurista que se vê confrontado com um fenômeno capaz de afetar uma multiplicidade heterogênea de segmentos da realidade que entraram no campo em que as investigações do direito do trabalho são dedicadas e foram aí colocadas independentemente da sua natureza, em muitos casos alheios à esfera jurídica. A inadequação dos instrumentos que podem ser utilizados por aqueles que estão habituados a atender especificamente aos campos de estudo das ciências humanas e sociais é, portanto, percebida, e eles encontram dificuldades objetivas quando têm de submeter áreas de investigação caracterizadas pela heterogeneidade dos seus elementos a análises que implicam a mais ampla perspectiva de pesquisa, não se limitando à esfera jurídica.

No entanto, proceder a este respeito requer a devida cautela. A fim de lidar com questões que requerem o tipo de análise acima mencionado, que ultrapassa os limites da lei, o jurista deve prestar a máxima atenção; e mais conspícuo do que realmente interessante estão destinados a revelar-se como considerações expostas pelos juristas do trabalho de forma contundente, sem o acompanhamento de passagens introdutórias profundas e sem a prudente precaução de se cingir ao raciocínio realizado de forma hipotética, uma vez que estão ligados à correção de pressupostos claramente extraídos

de elaborações científicas levadas a cabo com outros fundamentos e nos quais não houve participação ativa do perito jurídico, que nada mais pode fazer do que recolhê-los, por assim dizer, de olhos fechados.

As análises que, tal como as relacionadas com o problema dos efeitos do progresso tecnológico, requerem uma perspectiva ampla e uma riqueza e variedade de instrumentos de investigação tecnológica só podem ser realizadas através da aplicação de competências científicas tão amplas que permitam ao jurista dominar mesmo a investigação relacionada com objetos que são estudados por outras disciplinas que não o direito, incluindo a matemática e a física.

Uma posição projetada, portanto, num horizonte universalista, que encontra mais difícil do que nunca a sua aplicação na atualidade, quando a antiga unidade de pensamento se desfez progressivamente numa série de segmentos, muitos dos quais com desenvolvimentos inimagináveis quando a referida definição de jurisprudência foi proposta.

Portanto, hoje em dia só pode ser utilizado no sentido de que os juristas, especificamente os juízes, quando vinculados por um dever específico, nunca devem deixar de fazer a sua avaliação, mesmo que o objeto exceda o seu próprio e comum conhecimento, com o aconselhamento adequado de especialistas que ajudam a melhorar o conhecimento de realidades que estão fora da cultura do jurista médio.

As dificuldades em aceitar o referido cenário crescem consideravelmente na hipótese em que o jurista trabalhista deve utilizá-lo no quadro do relançamento dos desafios das transformações tecnológicas, porque então lhe é exigido que tenha conhecimentos científicos de vários tipos, mas todos de um bom nível: um patrimônio cognitivo que deve ser considerado difícil de adquirir pela cultura de um jurista.

A dificuldade torna-se mais aguda na hipótese em que este tipo de dado, estranho ao tipo de conhecimento comumente possuído por um jurista do trabalho, se caracteriza por tais peculiaridades que dificultam mesmo a sua observação e avaliação por parte dos peritos na matéria e, portanto, levam muito tempo a clarificar as suas características.

O que fazer quando o jurista trabalhista encontra dificuldades tão graves? A tentação é dupla: por um lado, usar um termo bastante coloquial, refazer o trabalho de estudiosos de outras disciplinas científicas; e, por outro lado, abandonar o desafio de enfrentar este problema.

O simples fato de estarmos reunidos aqui, idealmente, para discutir um assunto do qual estamos conscientes da dificuldade, exclui a opção de abandonar o projeto. Nenhuma alternativa parece viável. Esconder argumentos de natureza diferente sob uma capa jurídica está destinado a ser um fracasso intransponível. A falta de raciocínio capaz de refutar, no que diz respeito aos efeitos do progresso das tecnologias do trabalho,

visões incorretas e perigosas sobre a defesa dos direitos fundamentais das pessoas, especialmente das que trabalham e para o bem comum, mais cedo ou mais tarde emerge e revela a artificialidade da tentativa de baralhar as cartas.

A única forma que continua a ser praticável é a de fidelidade ao terreno legal.

A intenção de avançar para a ancorar na lei, por si só, não é suficiente para garantir a correção e a autoridade da conduta profissional do estudioso do direito do trabalho no decurso do desafio lançado pela revolução nas tecnologias do trabalho. Pelo contrário, a abordagem correta deve ser complementada com a adoção de algumas precauções adicionais experimentadas e testadas.

Quanto às previsões que podem ser feitas nesta matéria, deve dizer-se que a abordagem habitual do jurista, que, se não olhar para o passado, olha com certeza dentro de um horizonte que surge no presente onde se pode fazer uso de fontes dadas e não presumidas, testada, neste caso, pelo fato de a situação atual não ser a mesma que a do passado. Aconselha-se, portanto, a se adotar muita prudência e exprimir um juízo acompanhado da idônea motivação formulada depois de se adquirir suficiente informação da situação.

Seria portanto, útil, colocar em evidência os recursos ancorados na disciplina jurídica vigente e na sua história. E própria a argumentação histórica resulta particularmente útil. A compreender um dos aspectos mais delicados senão dramático de maior delicadeza de drama da inovação tecnológica.

EL PROBLEMA DEL DESEMPLEO, EL TRABAJO INFORMAL Y LA INSEGURIDAD JURIDICA LABORAL EN LA REPUBLICA ARGENTINA

JULIO LO COCO[1]

Según datos del Banco Mundial[2], el desempleo en la República Argentina en el segundo semestre del 2020 alcanzaba el 11,67 % de la población total activa. Si bien durante el año 2021 se verificó una leve mejoría en el nivel de empleo, se estima que existen dos millones de personas adultas activas sin trabajo.

Por su parte, la subocupación fue alcanzó el 12,4% en el segundo trimestre del año 2021. Esto significó un alza de medio punto en comparación con el trimestre anterior y un salto de 2,8 puntos porcentuales contra el mismo período de 2020.[3]

Del porcentaje de población que se estima como ocupada el 35 % no se encuentra registrado, es decir que tiene un empleo denominado 'en negro'.[4]

La falta de registración laboral trae aparejados muchos problemas para los trabajadores, como la falta de cobertura médica y de riesgos del trabajo y la falta de aportes a su jubilación., como así también otorga una ventaja al empresario quien tiene a sus empleados si registrar, respecto a sus competidores, por lo inferiores costos que tienen.[5]

Peor el Remedio que la Enfermedad

Con el fin de combatir el trabajo no registrado, en el año 1991 se dictó la denominada Ley de Empleo (24.013) la que prevé que la persona que preste servicios si encontrarse registrado como empleado, aunque facturara honorarios, podría iniciar un reclamo exigiendo (previo al pedido de pago de indemnizaciones por despido) que se "aclare su situación laboral" y que se "registre la misma conforme a ley". En caso de negativa del empleador a la registración, el empleado podrá considerarse despedido y tendrá derecho a percibir, además de la indemnizaciones habituales por despido encausado[6], a) la indemni-

1 Palestra proferida pelo professor Julio Lo Coco no Webinário Internacional promovido pela AMATRA 19 (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO) E EJUD 19. Foi realizado no dia 26.10.2021. O professor Julio Lo Coco Julio Lococo atua principalmente na área de Direito Trabalhista e Indenizatório, Conflitos e Negociação Coletiva e Assessoria Geral.

2 https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.TOTL.ZS?locations=AR

3 https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_2trim216D-4D22FF6B.pdf

4 https://www.infobae.com/economia/2021/01/31/mercado-laboral-el-35-de-los-trabajadores-son-informales-y-solo-1-de-cada-10-empleos-son-calificados/

5 Al salario bruto convenido de un empleado registrado, las empresas deben sumarle un 25%. De hecho, las cargas patronales se encuentran al tope del "ranking" de obligaciones que deben afrontar mes a mes las empresas, además de las cargas tributarias

6 Cuando se despide un trabajador se debe abonar una indemnización equivalente a un suelo por año trabajado o fracción mayor a tres meses, uno o dos meses adicionales si la anti-

zación del artículo 8 consiste en el pago del 25% de todo lo percibido por la persona sin registración laboral y b) la indemnización del artículo 15 equivalente al 100% de las indemnizaciones que correspondan por despido. Pero además, como consecuencia de la falta de registración laboral se adicionarían otras indemnizaciones a favor de la persona física en cuestión: (i) indemnización del artículo. 2 de la Ley 25.323: equivalente al 50% de las indemnizaciones por despido Este resarcimiento responde a que se obligaría al trabajador a reclamar administrativa o judicialmente el pago de la indemnización por despido y (ii) Indemnización del artículo 80 de le Ley de Contrato de Trabajo: equivalente a 3 meses de remuneración. Esta indemnización contempla que al no tenerlo registrado, no se le extendería dentro de los treinta días de concluida la relación, el certificado de trabajo.

Asimismo, los organismos de la Seguridad Social podrían reclamar en su caso los aportes y contribuciones no realizados durante el período de prestación de servicios considerados "no laborales subordinados", con las multas e intereses correspondientes, aunque la persona física no hubiera formulado reclamo alguno sobre el particular.

Con posterioridad, en el año 2000, se dictó la Ley 25.323, que preveía la duplicación de las indemnizaciones por despido "cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente", esta multa se aplica cuando el trabajador es despedido, sin que hubiese intimado previamente a la debida registración.

Como se aprecia la existencia de un trabajador sin registrar genera en el empleador una contingencia muy elevada.

El complejo de normas que castigan el empleo no registrado, han sido aplicadas a un cúmulo de situaciones que extralimitan los fines de la ley.

Así la jurisprudencia ha considerado incorrectamente registrada la situación del empleado que recibe un automóvil o un teléfono celular del parte de su empleador;[7] o al em-

güedad en el empleo fuera menor o mayor a cinco años.

7 Se ha resuelto que "Corresponde valorar que la adjudicación de teléfono celular y automóvil al trabajador, le evita el gasto que de todas maneras habría realizado, importando de esa forma una ventaja patrimonial que debe considerarse contraprestación en los términos de los arts. 103 y 105 LCT" (CNAT Sala VII Expte Nº 26.732/09 Sent. Def. Nº 43.352 del 22/02/2011 "Duchini, Juan Marcelo c/ 3M Argentina S.A s/ Despido")

pleado contratado por una empresa de servicios eventuales,[8] o al empleado tercerizado,[9] o al de profesionales que facturan por los servicios que prestan.[10]

Esta situación ha creado una sensación en los comerciantes y emprendedores de miedo a tener empleados, que los llevan a evitar por todos los medios tener que contratar trabajadores.

Ciertamente, la situación económica incide en el nivel de empleo, pero aun cuando la situación ésta mejore, la legislación argentina y la interpretación brindada por los jueces a la misma, constituye una barrera que desalienta la contratación de trabajadores.

Más allá del alto costo que implica la contratación de un empleado, lo peor es que tal costo sea imprevisible. Los empleadores, carecen de certeza de las contingencias que tienen con sus empleados, lo que desalienta la inversión.

Actualmente, en el fuero donde se dirimen las controversias en materia laboral de la Ciudad de Buenos Aires existen 283.000 procesos judiciales sin sentencia. Este alto nivel de litigiosidad pone de manifiesto los defectos de una legislación que favorece las

---

8 Se ha resuelto que "…el legislador, a través del art. 29 LCT sanciona la intermediación fraudulenta de mano de obra disponiendo que quien utiliza la prestación de servicios del trabajador debe ser considerado empleador directo, más allá de la responsabilidad solidaria del intermediario. La excepción a esta regla está prevista en el último párrafo en el que se prevé que "los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los arts. 99 de la presente ley y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia con carácter permanente continuo o discontinuo con dichas empresas". Por ende, si el actor prestó labores supuestamente eventuales durante más de tres años, ello no se compadece con la naturaleza extraordinaria y transitoria que surge del art. 99 LCT ni con los plazos máximos dispuestos en el art. 72 de la ley 24.013. (CNAT Sala IV Expte. Nº 31.481/2010 Sent. Def. Nº 96.712 del 31/10/2012 "Sanabria, ***Daniel Manuel Amilcar c/Cosméticos Avon SA y otro s/despido").***

9 El artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que «Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilicen su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa por la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social….» La Cámara nacional de Apelaciones del Trabajo, en el . Fallo Plenario N° 323. Del 30/6/2010 "Vásquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otro" ha resuelto que "Cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria"

10 El art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo establece una presunción que invierte a favor de la persona física la carga de la prueba de la relación de dependencia: "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio". Por tal motivo, en principio, cualquier prestación de servicios personal se considera trabajo subordinado, correspondiendo a quien niegue este carácter la carga de acreditar esta circunstancia.

situaciones de incertidumbre y genera diferendos.

Es por eso que se impone un reforma de la legislación laboral con el fin de brindar un marco de certeza a la contratación laboral.

Algunas propuestas para terminar con la Incertidumbre Laboral.

Estimamos que tal incertidumbre podría ser atemperada con algunas pequeñas modificaciones a la legislación laboral, que se señalan a continuación:

(a) Derogar el art. 29 de la Ley de Contrato de trabajo (LCT). Con esta derogación, todo empresario tendría plena libertad para tercerizar la fuerza de trabajo. El origen y finalidad de la norma era evitar que los empleadores eludieran su responsabilidad interponiendo intermediarios insolventes entre el destinatario de la prestación y los trabajadores que ejecutan las mismas. Pero tal fin puede alcanzarse, consagrando la responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones laborales del beneficiario de la relación, sin asimilar la tercerización como un caso de empleo no registrado.

Numerosas sociedades, por razones contables, no puede tener más de cierta cantidad de empleados, no siendo reprochable que los incorporen por medio de intermediarios.

(b) Incorporar un cuarto párrafo al artículo 30 de la LCT que quedaría redactado de este modo:

"Art. 30. — Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social."

Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y

que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social". Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250. (Párrafo incorporado por art. 17 de la Ley N° 25.013 B.O. 24/09/1998)

Basta que un trabajador se encuentre registrado en los libros de una empresa y se ingresen aportes y contribuciones a la seguridad social, para considerarlo correctamente registrado. En tal caso no dará lugar a ninguna multa ni agravamiento indemnizatorio que tuviera origen en la falta o incorrecta registración».

Con esta reforma se garantiza la solvencia frente al trabajador al constituir en responsable solidario a quien se beneficia del trabajo, respecto de las obligaciones laborales y de la seguridad social de quien aparece como empleador, pero, en tanto y en cuanto el trabajador se encuentra registrado y tiene los aportes y contribuciones a la seguridad social, no se configura la hipótesis de una relación no registrada y no operan las multas que reprimen el trabajo informal.

(c) Incorporar un tercer párrafo al art. 23 de la LCT que quedará redactado del siguiente modo: «Art. 23. — Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio. Si el prestador de servicios cuenta con inscripciones tributarias y aportes a la seguridad social como autónomo, no tendrá lugar ninguna multa ni agravamiento indemnizatorio que tuviera origen en la falta o incorrecta registración aun cuando se resolviera que se trataba de un relación laboral».

Con la redacción propuesta el artículo se armoniza con la locación de servicios, regulada en los artículos 1251 a 1261 del Código Civil y Comercial, que la define "cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución".

En principio la locación de servicios no será un contrato de trabajo. Pero si se determinara que tiene carácter laboral, el empleador no tendrá que abonar las multas como si se tratara de un trabajo no registrado. Al tener el prestador de servicios las inscripciones tributarias correspondientes, se asegura que no se desfinancie el sistema de seguridad social.

(d) Incorporar los incisos 'b' y 'c' al art. 103 BIS de la LCT que quedará redactado del siguiente modo: «Art. 103 BIS. — Beneficios sociales. Se denominan beneficios

sociales a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo.

Son beneficios sociales las siguientes prestaciones: a) Los servicios de comedor de la empresa, b) El uso para fines personales que el trabajador pudiera hacer de herramientas de trabajo como teléfono celular, automóvil, computadora personal, etc. c) La cobertura médica prepaga. d) Los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia que asumiera el empleador, previa presentación de comprobantes emitidos por farmacia, médico u odontólogo, debidamente documentados;

(e) La provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tarea;

(f) Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones; g) La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgados al inicio del período escolar; h) El otorgamiento o pago debidamente documentado de cursos o seminarios de capacitación o especialización; i) El pago de gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador debidamente documentados con comprobantes.

De este modo los emperadores podrán facilitar a sus empleados herramientas de trabajo y beneficios, sin correr el riesgo de tener la incerteza de que las relaciones sean consideradas como incorrectamente registradas.

Conclusión

El derecho laboral moderno debe crear los instrumentos que armonicen los derechos de los trabajadores y la seguridad jurídica de quienes generan puestos de trabajo.

Las viejas premisas de que el trabajador es un ser hipo suficiente a quien hay que proteger cual si fuera un incapaz, no han hecho otra cosa que generar litigios y constituir un obstáculo a la generación de empleo.

GESTANTE E GARANTIA DE EMPREGO NA PANDEMIA: UMA REVISÃO

LUCIANE CARDOSO BARZOTTO[1]
JANETE APARECIDA DESTE[2]

RESUMO

As normas que amparam a empregada gestante têm por objetivo concomitante o resguardo da maternidade, o cuidado com o nascituro e a proteção do trabalho da mulher. A percepção da relevância da tutela outorgada pela legislação nacional e pelas Convenções Internacionais à empregada gestante, especialmente no que tange às garantias de emprego, remete à revisão do conteúdo de tal proteção, sendo este o objeto do presente artigo. Este texto, valendo-se de metodologia dedutiva e analítica, por meio de revisão bibliográfica de análise qualitativa, se ocupa desta nova proteção estabelecida, com o objetivo de delinear o estado da arte sobre o tema a partir da evolução legislativa até o cenário pandêmico.

PALAVRAS CHAVE

Garantia de emprego; Empregada gestante; Estabilidade provisória de emprego; Direito do Trabalho de Emergência; Pandemia COVID-19.

ABSTRACT

The norms that support the pregnant employee are aimed to protect both maternity and the unborn child. The relevance of the promotion of protection granted by national legislation and International Conventions to pregnant employees, especially about the employment guarantees, leads to a review of the content of such protection, which is the object of this article. This paper, using deductive and analytical methodology, through a bibliographic review of qualitative analysis, deals with this new protection, delineating the state of the art on the subject from the legislative evolution to the pandemic scenario.

1 Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região, Professora da Graduação e PPGD da UFRGS, Doutora em Direito pela UFPR, membro da ASRDT - Academia Sul Riograndense de Direito do Trabalho.
2 Mestre em Direito pela PUCRS, Juíza do Trabalho Aposentada – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região, Professora de Direito Processual do Trabalho e de Direito do Trabalho e Titular do JURISJAD Instituição destinada à preparação de candidatos aos concursos da Magistratura Trabalhista e Ministério Público do Trabalho, Advogada, Membro da ASRDT - Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

KEYWORDS

Guarantee of employment; Pregnant employee; Temporary job stability; Emergency Labor Law; COVID-19 pandemic.

SUMÁRIO

Introdução. 2 Evolução legislativa e jurisprudencial. 3 Garantia de emprego da gestante no cenário pandêmico. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo tem assistido a inúmeros e inequívocos reflexos da pandemia coronavírus (Covid 19) desde o início do ano de 2020. Na área jurídica em geral e no direito do trabalho, em particular, foram editadas muitas Medidas Provisórias, Leis, Decretos e outros atos normativos, tudo para permitir o enfrentamento da crise sanitária que se instalou e que perdura até os dias de hoje.

Esta normatividade extraordinária valeu-se de diversas ferramentas para permitir a manutenção dos contratos de trabalho. Nomeadamente, foram criadas e autorizadas medidas de redução de jornada e salário ou de suspensão de contratos de trabalho. Esta legislação também se ocupou da garantia de emprego, inclusive em parte dela, destinando normas específicas para a garantia de emprego da gestante.

O direito do trabalho possui como objeto último a proteção do trabalhador, nela inserida a proteção da empregada gestante, que se releva por sua natureza. A importância da tutela outorgada pela legislação nacional e pelas Convenções Internacionais à empregada gestante, especialmente no que tange às garantias de emprego, remete à revisão do conteúdo de tal proteção, sendo este o objeto do presente artigo.

Por este motivo, busca-se traçar a evolução legislativa e jurisprudencial no Brasil, bem como identificar esta mesma proteção no âmbito da OIT – Organização Internacional do Trabalho, nos Documentos que tratam da matéria.

Este texto, valendo-se de metodologia dedutiva e analítica, por meio de revisão bibliográfica de análise qualitativa, se ocupa desta nova proteção estabelecida, com o objetivo de delinear o estado da arte sobre o tema a partir da evolução legislativa até o cenário pandêmico.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

As ideias de existência de um pacto social, de Jean Jacques Rousseau, e da essência de uma constituição, de *Ferdinand Lassalle*, são exemplos de debates históricos que apontam, ainda que todos os direitos sejam de igual relevância, que há alguns que merecem especial proteção em relação a outros. Aqui situa-se a garantia de emprego da empregada gestante.

Algumas noções conceituais e divergências sobre o tema das garantias e estabilidades no emprego foram tratadas no artigo intitulado Garantias de emprego no período de pandemia[3] de autoria destas escritoras. Assim, neste trabalho passa-se ao exame específico da garantia de emprego da empregada gestante.

A garantia de emprego da empregada gestante é um direito social que é tutelado por um interesse público maior de proteção de uma complexidade de fatos em torno da gestação, tais como: o trabalho (art. 2º da Lei nº 9.029/95[4]), a própria gestação (art. 3º, parágrafo único, II, da Lei nº 9.263/96[5]), o parto (art. 1º da Lei nº 11.634/07[6]), o

---

3 *DESTE, Janete; BARZOTTO, Luciane Cardoso.* **Garantia de emprego no período da pandemia.** *In: MOLINA, André Araújo; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; MARANHÃO, Ney (coord.). Direito e processo do trabalho no ano de 2020: anais do 1º Ciclo de Palestras do Grupo Eletrônico "Ágora Trabalhista". São Paulo: ESA/OAB-SP, 2020 (e-book).*

4 *Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Pena: detenção de um a dois anos e multa. Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I - a pessoa física empregadora; II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

5 *Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: II - o atendimento pré-natal;*

6 *Art. 1º Toda gestante assistida pelo Sistema Único de Saúde - SUS tem direito ao conhecimento e à vinculação prévia à: I - maternidade na qual será realizado seu parto; II - maternidade na qual ela será atendida nos casos de intercorrência pré-natal. § 1º A vinculação da gestante à maternidade em que se realizará o parto e na qual será atendida nos casos de intercorrência é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde e dar-se-á no ato de sua inscrição no programa de assistência pré-natal.§ 2º A maternidade à qual se vinculará a gestante deverá ser comprovadamente apta a prestar a assistência necessária conforme a situação de risco gestacional, inclusive em situação de puerpério.*

período inicial da maternidade (art. 392 da CLT[7]), a criança (art. 3º da Lei nº 8.069/90[8]) e o planejamento familiar (art. 226, §7º, da CF/88[9]). Para cada proteção citada há no mínimo, exemplificativamente, uma norma jurídica correspondente, a revelar a extensão da proteção de que se está tratando.

O direito à garantia do emprego tem amparo constitucional desde 1988, no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), assim redigido:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Quanto à confirmação da gravidez, Mauricio Godinho Delgado[10] compreende que "é irrelevante, ademais, a data de realização do exame laboratorial acerca da gravidez, já que se entende por confirmação a específica concepção, ou seja, a circunstância objetiva que confirma a gravidez".

A matéria já era enfrentada pelo TST, culminando na Súmula 244, em 1985. A redação original apontava: "***Nº 244 Gestante - Garantia de emprego. A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direi-***

7 ***Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. § 5º*** (VETADO)

8 ***Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.*** (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

9 ***Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.***

10 ***DELGADO, Mauricio Godinho.*** **Curso de direito do trabalho.** ***17 ed., ver., atual e ampl. São Paulo: LTr, 2018. Pág. 660.***

to a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos."

É possível observar que, inicialmente, a garantia não protegia o direito principal de manutenção do vínculo de emprego, resumindo-se no direito ao ressarcimento de valores pelo desrespeito do fluxo temporal.

Em 28/04/1997, sobreveio a OJ nº 88 da SDI-1 do TST, em que a Corte passou a interpretar:

Gestante. Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, *salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT).

Observava, então, o TST na respectiva redação:

A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.

Na medida em que a OJ avançou em tratar sobre a ciência do ato, trouxe entendimento prejudicial à trabalhadora, no momento em que autorizou a relativização do direito tutelado por meio de norma coletiva. É um contrassenso, uma vez que o Direito Coletivo tem como um de seus principais objetivos assegurar avanços e melhorias nas condições de trabalho.

Ainda, tratou de causa de exclusão da incidência do direito reparatório, atrelado ao cumprimento de obrigação de fazer, qual seja, comunicação ao empregador do estado gravídico.

No ano de 2000, com a OJ 196 da SDI-I do TST, nota-se nova limitação à garantia de emprego, ora adstrita à modalidade contratual pactuada, dispondo: ***"GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA NÃO-ASSEGURADA."***

A próxima alteração da matéria ocorre no ano de 2003. Retorna à cena o direito à reintegração da trabalhadora, ainda que o tempo para exercício deste direito fosse limitado. Com efeito, passou, a constar na Súmula 244 do TST:

Gestante. Garantia de emprego. A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Em 2004, advém nova redação à OJ 88 da SDI-1 do TST deixando de limitar a aplicação do direito à negociação coletiva, seja com relação ao pagamento da indenização, seja com relação à ciência do estado gravídico pelo empregador: ***"GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O desconhecimento do estado gravídico pelo em-***

pregador, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT)".

As OJ's 88 e 196 foram canceladas em 2005, em razão da reunião da matéria na Súmula 244 do TST. A partir deste momento tem-se a seguinte contextualização da Súmula: a redação da OJ 88 ganha espaço no item I; a redação já disposta na Súmula assume o item II; e a redação da OJ 196 passa a compor o item III, contudo não com a redação até então disposta. O item III passa a dispor:

Item III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

Este item III da Súmula retoma a discussão quanto à modalidade contratual, permanecendo a não aplicação do direito nos casos de contrato de experiência. Um dos principais argumentos atem-se à ciência prévia da trabalhadora, desde a contratação, da data de término do contrato de trabalho. Tal entendimento resta superado, em 2012, quando a nova redação da Súmula 244 passa a ser:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Consolidou-se a irrelevância do conhecimento do estado gravídico pelo empregador, o momento em que se deve pretender o retorno ao trabalho e o direito à garantia de emprego, ainda que se trate de contrato a prazo determinado.

Esta redação permanece inalterada até o momento, embora o TST[11] tenha julgados que, interpretando a decisão do STF no RE nº 629.053, datada de 10.10.18, tema nº 497 da repercussão geral, em que fixada a tese "A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa

11 Destaca-se a decisão do TST no âmbito do processo RR-1001345-83.2017.5.02.0041. 4ª Turma. Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos e a decisão do processo RR-101854-03.2018.5.01.0471, também da relatoria do Min. Alexandre Luiz Ramos.

causa", negam a estabilidade em comento à empregada contratada por prazo determinado. Importante referir que, a despeito da redação da tese firmada, a leitura do acórdão deixa claro que a controvérsia refere-se à determinação do conteúdo semântico da expressão "confirmação da gravidez", se relacionado a atestado médico ou ao momento da própria concepção, devendo-se a menção reiterada à despedida arbitrária ao fato de que o Recurso envolvia um contrato a prazo indeterminado.

Na CLT, no ano de 2013, a Lei nº 12.812 acrescentou o artigo 391-A, com a seguinte redação:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por derradeiro, em 2017, a proteção foi estendida a empregado adotante pela Lei nº 13.509, que acrescentou ao artigo 391-A o parágrafo único, com a seguinte redação: "O disposto no caput deste artigo aplica-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção.".

A CLT, diante da previsão legal de forma genérica, não adentrou à questão das modalidades contratuais, mantendo-se, portanto, aplicável o entendimento consagrado na Súmula 244 do TST. Ainda, ceifou novas discussões quanto ao momento da confirmação do estado gravídico no curso do aviso prévio.

Claramente, a evolução do tema no TST despontou, ao final, para uma melhora no atendimento da tutela de interesse público pretendida.

No plano do Direito Coletivo, excetuada a observação do Tribunal quanto à redação da OJ nº 88 da SDI-1 do TST em 1997, também houve espaço para o tratamento da garantia de emprego da gestante. Segundo a OJ nº 30 da SDC do TST, em 1988, lia-se:

Nos termos do art. 10, II, "a", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º, da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

Após, em 2011, a mesma OJ é republicada em razão de erro material na redação:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. (republicada em decorrência de erro material) - DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011 Nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hie-

rarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º, da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

No âmbito do Direito Processual do Trabalho a proteção também foi adequadamente tratada, conforme se depreende da OJ nº 399 da SDI – 1 do TST (2010):
ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010). O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.

No âmbito do Direito Internacional há três Convenções da OIT que abordam o tema, a saber: a de nº 3, de 1919; a de nº 103, de 1952; e a de nº 183 de 2000.
A primeira (Convenção nº 3) foi adotada pela OIT em 1919 e ratificada pelo Brasil em 26/04/1934, promulgada pelo Decreto nº 423 de 12/11/1935.

Desta Convenção destaca-se o art. 3º, a) e c), bem como o art. 4º. Leia-se:

Artigo 3º. Em todos os estabelecimentos industriaes ou commerciaes, publicos ou privados, ou nas suas dependencias, com excepção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma familia, uma mulher,
a) não será autorizada a trabalhar durante um periodo de seis semanas, depois do parto; (grifa-se)

(...)

c) receberá, durante todo o periodo em que permanecer ausente, em virtude dos paragraphos (a) e (b), uma indemnização sufficiente para a sua manutenção e a do filho, em bôas condições de hygiene; a referida indemnização, cujo total exacto será fixado pela autoridade competente em cada paiz, terá dotada pelos fundos publicos ou satisfeita por meio de um systema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do medico ou da parteira, no calculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, á qual tem direito a contar da data do attestado medico até áquella em que se produzir o parto;

Artigo 4º. No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos paragraphios (a) e (b) do artigo 3º da presente Convenção ou delle se afaste, por um pe-

riodo mais longo, depois de uma doença provada por attestado medico, como resultado da gravidez ou do parto, e que a reduza á incapacidade de voltar ao trabalho, será illegal, para o seu patrão, até que a sua ausencia tenha attingido uma duração maxima, fixada pela autoridade competente de cada paiz, notificar à sua, dispensa, durante a referida ausencia ou em uma data tal que, produzindo-se o pre-aviso expire o prazo no decurso da, ansencia acima mencionada. (grifa-se)

Esta Convenção foi denunciada em razão da ratificação da Convenção nº 103 da OIT. No plano interno o Decreto 423 foi revogado, pelo Decreto nº 10.088 de 05/11/2019.

A segunda (Convenção nº 103), aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (1952), entrou em vigor no plano internacional em 1958 e foi ratificada pelo Brasil em 18/06/1965; promulgada pelo Decreto nº 58.820 de 14/07/1966. Deste diploma destacam-se:

Art. III — 1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada obrigatoriamente depois do parto. (grifa-se)

3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional, não será, porém, nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seja antes da data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória, ou seja, ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda. (grifa-se)

Art. VI — Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada. (grifa-se)

O Decreto nº 58.820 foi revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, que passou a absorver o seu conteúdo, conforme se depreende do art. 2º, XXIV[12].

Não menos importante cabe referir as reservas que foram feitas pelo Brasil à

12 *Art. 2º As convenções e recomendações da OIT, aprovadas pelo Congresso Nacional, promulgadas por ato do Poder Executivo federal e consolidadas por este Decreto estão reproduzidas integralmente nos Anexos, em ordem cronológica de promulgação, da seguinte forma: XXIV -* Anexo XXIV - *Convenção nº 103 da OIT relativa ao amparo à maternidade (revista em 1952; adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, por ocasião da Trigésima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho; com reservas dos incisos b e c do parágrafo 1º do artigo VII; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20, de 30 de abril de 1965; entrada em vigor, para o Brasil, de conformidade com seu artigo 9º, parágrafo 3º, em 18 de junho de 1966, isto é, doze meses após a data do registro da ratificação brasileira na Repartição Internacional de Trabalho, o que se efetuou em 18 de junho de 1965; e promulgada em 14 de julho de 1966);*

referida Convenção, precisamente quanto à aplicação do artigo 7º, parágrafo 1, b) e c):

Art. VII — 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifica a presente convenção pode, por meio de uma declaração que acompanha sua ratificação, prever derrogações no que diz respeito:

b) a trabalhos executados em empresas agrícolas outras que não plantações;

c) ao trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares;

(...)

Ainda, a Convenção 183, adotada pela OIT em 2000, não ratificada pelo Brasil, da qual se destaca:

PROTEÇÃO DE EMPREGO E NÃO DISCRIMINAÇÃO

Artigo 8

1. O empregador é proibido de despedir a mulher grávida, ou durante a licença a que se referem os artigos 4º ou 5º, ou depois de ter regressado ao trabalho por período a determinar na legislação nacional, salvo por motivos não relacionados com gravidez, parto e suas consequências ou amamentação. O ónus da prova de que os motivos do despedimento não estão relacionados com a gravidez ou o parto e as suas consequências ou a amamentação caberá ao empregador. (grifa-se)

2. É garantido à mulher o direito de regresso ao mesmo posto de trabalho ou equivalente com a mesma remuneração, no termo da licença maternidade.

Apesar da ausência de ratificação no plano internacional, nada obsta que estas normas sejam observadas no âmbito nacional, a partir de uma interpretação sistemática de todas as normas até então tratadas e considerando o disposto no art. 8º, caput, da CLT[13], e o disposto no art. 7º, caput e art. 7º, incisos XX e XXX da Constituição Federal[14].

A proteção do mercado de trabalho da mulher foi conferida de forma genérica pelo artigo 7º, XX, da Constituição Federal. Entretanto, a localização e a transitoriedade do dispositivo que trata da garantia de emprego da gestante demonstram que a questão reprodutiva nem sempre foi tratada de forma prioritária como um elemento de discriminação positiva entre os gêneros. O artigo 7º, XX, da Constituição Federal também se diferencia do que trata o inciso XXX do mesmo dispositivo, pois o primeiro visa a promover a discriminação positiva entre os sexos, autorizando a criação de regras diferenciadas de

---

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

14 *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;*

trabalho para a promoção da igualdade material, ao passo que o segundo inciso é referente ao combate da discriminação negativa e não somente àquela concernente a questões de gênero. Ambos revelam a preocupação do constituinte quanto à discriminação, mas apresentam abrangência diversa. Em pesquisa realizada sobre esse assunto[15], observa-se que houve progressão no entendimento jurisprudencial e no tratamento da gestação como fator natural e biológico que prejudica, em razão de preconceito social, o ingresso e a manutenção da mulher no mercado de trabalho, e, portanto, merecedora de maior tutela.

Por fim, recentemente a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva OC 27/21[16], em 05 de maio de 2021, sobre o alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do Sistema Interamericano, em relação às garantias de liberdade sindical, sua relação com os demais direitos e sua aplicação desde a perspectiva de gênero. Nesta consulta, foram abordados os direitos das mulheres de não sofrerem discriminação e violência de gênero no exercício de seus direitos à liberdade sindical, à negociação coletiva e à greve, bem como à participação como integrantes e líderes sindicais na construção e avaliação das normas e políticas públicas relacionadas com o trabalho no contexto das mudanças do mercado de trabalho por meio da utilização das novas tecnologias.

GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE NO CENÁRIO PANDÊMICO

Vive-se, há quase dois anos, a pandemia do coronavírus (Covid-19), declarada pela OMS no início de 2020, tendo o Brasil aderido, 30/01/20, ao Regulamento Sanitário Internacional da OMS (Decreto nº 10.212), e, em 06/02/20, publicado a Lei nº 13.979/20, a qual dispõe sobre medidas gerais importantes para o enfrentamento da crise e contenção do contágio pelo vírus.

A partir daí, diversos atos normativos foram editados, dispondo sobre medidas essenciais ao enfrentamento da crise sanitária, muitos deles especificamente voltados à manutenção dos empregos e renda, de forma a compatibilizar o necessário distanciamento social com a manutenção das atividades econômicas.

---

15 FAGUNDES, Bárbara; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Proteção do Mercado de Trabalho da Mulher: Jurimetria e o Art. 7º, XX, da Constituição Federal e recentes decisões.

16 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-27/21.** *Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf Acesso em 28 de setembro de 2021*

O estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, foi previsto até 31/12/20, razão pela qual as MPs 1045 e 1046 (que sucederam as MPs 936, Lei 14.020 e MP 927) adotam a expressão "emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), desta feita sem estabelecer marco temporal definido.

Entre os diversos atos normativos referidos acima, a MP nº 936, de 01/04/2020, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública estabeleceu uma estabilidade imprópria e provisória, consistente no pagamento de uma indenização pelo empregador quando este promovesse a dispensa sem justa causa de trabalhadores que tivessem percebido o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

Tal garantia reside na vedação à despedida dos empregados que tenham acordado a redução da jornada de trabalho e do salário (como previsto no art. 7º da MP[17]), bem como aos que tenham tido seus contratos de trabalho suspensos (previsão do art. 8º da MP[18]), pelo período correspondente à redução ou suspensão, acrescido de período igual

17 Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos: I - preservação do valor do salário-hora de trabalho; II - pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; e III - redução da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais: a) vinte e cinco por cento; b) cinquenta por cento; ou c) setenta por cento. Parágrafo único. A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contado: I - da cessação do estado de calamidade pública; II - da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e redução pactuado; ou III - da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado.

18 Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, pelo prazo máximo de sessenta dias, que poderá ser fracionado em até dois períodos de trinta dias. § 1º A suspensão temporária do contrato de trabalho será pactuada por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos. § 2º Durante o período de suspensão temporária do contrato, o empregado: I - fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados; e II - ficará autorizado a recolher para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo. § 3º O contrato de trabalho será restabelecido no prazo de dois dias corridos, contado: I - da cessação do estado de calamidade pública; II - da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e suspensão pactuado; ou III - da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de suspensão pactuado. § 4º Se durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho o empregado mantiver as atividades de trabalho, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância, ficará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho, e o empregador estará sujeito: I - ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período; II - às penalidades previstas na legislação em vigor; e III - às sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo. § 5º A empresa que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), somente poderá suspender o contrato de trabalho de seus empregados mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de trinta por cento do valor do salário do empregado, durante o período da suspensão temporária de trabalho pactuado, observado o disposto no caput e no art. 9º.

após o restabelecimento das condições normais do contrato.

E a empregada gestante está abrangida por esta proteção especial que, por ocasião da conversão da MP nº 936 na Lei nº 14.020, de 06/07/20, teve disciplina diversa, nos termos do inciso III do art. 10:

III - no caso da empregada gestante, por período equivalente ao acordado para a redução da jornada de trabalho e do salário ou para a suspensão temporária do contrato de trabalho, contado a partir do término do período da garantia estabelecida na alínea "b" do inciso II do caput do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tal disciplina foi igualmente objeto da MP nº 1.045, de 27/04/21, que instituiu Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho.

A MP nº 1045 estabeleceu prazo de cento e vinte dias, a partir da data de sua promulgação, para que as empresas firmassem os acordos de redução de jornada e salário ou de suspensão de contratos de trabalho. O prazo encerrou-se em 25/08/2021, sem prorrogação. Para ser prorrogada, a medida precisaria ser aprovada pelo Congresso.

O texto substitutivo MP tramitou pela Câmara dos Deputados, onde foram inseridos mais 69 artigos aos 25 iniciais. Foram incluídas outras normas protetivas, dentre elas, a extensão do benefício emergencial para gestantes com redução ou suspensão do contrato de trabalho. O Senado rejeitou a proposta legislativa em vista de outras alterações que os acréscimos promoveriam na CLT.

Questiona-se se a garantia em comento não comporta reintegração, outorgando apenas indenização nos valores estabelecidos e que, na MP 1045, constam do artigo 10, § 1º[19]. Não obstante, há posição doutrinária reconhecendo o direito à reintegração. Com efeito, afirmam Antonio Humberto de Souza Júnior, Danilo Gonçalves Gaspar, Fabiano Coelho e Raphael Miziara[20]:

---

19 MP nº 1045, art. 10, § 1º: A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto de que trata o **caput** *sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação, de indenização no valor de: I - cinquenta por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a vinte e cinco por cento e inferior a cinquenta por cento; II - setenta e cinco por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a cinquenta por cento e inferior a setenta por cento; e III - cem por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual igual ou superior a setenta por cento ou de suspensão temporária do contrato de trabalho.*

20 COELHO, Fabiano; GASPAR, Danilo; MIZIARA, Raphael; SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. **Direito do Trabalho de Emergência***: Impactos da COVID-19 no Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 130-131*

Ora, se se trata de garantia de emprego, como de modo inequívoco indica o legislador, a dispensa injustificada no período respectivo autoriza a invalidação judicial do ato com a reintegração, imediata do empregado, inclusive mediante tutela de urgência.

Esta hipótese muito se assemelha à previsão já contida no art. 476-A, § 5º, da CLT, ao consagrar que, ocorrendo a dispensa do empregado durante o período de suspensão contratual para qualificação profissional, ou nos três meses subsequentes ao seu retorno, fará jus, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação, a uma multa.

Como já asseverado pelas autoras[21]:

ao que tudo indica, estamos diante de uma garantia no emprego, instituto amplo, o qual se refere a medidas políticas de proteção e criação de empregos, justamente o que pretendem todas as medidas oriundas do arcabouço legislativo da situação da Covid-19.

Releva dizer que a garantia provisória no emprego prevista nas MPs 936 e 1045, assim como na Lei nº 14.020, não foi estendida aos contratos por prazo certo. Embora esse ponto venha sendo discutido pela doutrina, pode-se entender que se encontra em conformidade com o entendimento do tema nº 497 da repercussão geral do STF se entender-se, como em certas decisões, o faz o TST, ter sido eleito como um dos pressupostos dessa garantia de emprego, a dispensa sem justa causa, ou seja, afastando a garantia das outras formas de terminação do contrato de trabalho.

Ainda, consta do art. 10 da MP nº 1.045 um parágrafo tratando da questão atinente ao pedido de demissão, dispensa por justa causa ou extinção do contrato por acordo nos moldes do art. 484-A da CLT:

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses de pedido de demissão, extinção do contrato de trabalho por acordo nos termos do disposto no art. 484-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, ou dispensa por justa causa do empregado.

Observa-se que, neste aspecto, a MP º 1045 ampliou as hipóteses de não aplicação da garantia em comento, já que na MP nº 936 e na Lei nº 14.020, apenas estavam excluídas as hipóteses de pedido de demissão e de despedida por justa causa (art. 10, §2º, da MP e art. 10, § 2º, da Lei nº 14.020).

Outra garantia "sui generis" surgiu com a MP nº 944, de 03/04/20, que estabeleceu o denominado Programa Emergencial de Suporte a Empregos (PESE), objetivando disponibilização de créditos para empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas com dificuldades em efetuar o pagamento de folha salarial dos colaboradores.

---

21 DESTE, Janete; BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Garantia de emprego no período da pandemia.** *In: MOLINA, André Araújo; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; MARANHÃO, Ney (coord.). Direito e processo do trabalho no ano de 2020: anais do 1º Ciclo de Palestras do Grupo Eletrônico "Ágora Trabalhista". São Paulo: ESA/OAB-SP, 2020 (e-book).*

Tal benefício foi instituído para o período de dois meses com valor equivalente a até duas vezes o salário-mínimo por empregado. Ocorrida a conversão desta MP na Lei nº 14.043, de 19/08/2020, o prazo do benefício foi ampliado para quatro meses.

Quanto à garantia de emprego, a MP 944 e, posteriormente, a Lei nº 14.043/20, ao conceder linhas de crédito às pessoas que elenca[22], destinadas ao pagamento das folhas de pagamento, impuseram obrigações aos beneficiários, entre as quais se inclui "não rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho de seus empregados no período compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após o recebimento da última parcela da linha de crédito."[23]

Assim, criou-se uma vedação à rescisão imotivada dos contratos de trabalho de todos empregados, incluída a gestante, por período definido e sem qualquer direito à reintegração ou à indenização do empregado despedido. Cabe referir que os autores antes citados[24], também compreendem que a MP 944 outorga uma garantia de emprego a todos os empregados, com direito à reintegração e, sendo esta inviável, pelo decurso do tempo ou pela percepção de sua inconveniência pelo juiz do trabalho (CLT, art. 496), a indenização integral do período remanescente da garantia temporária correspondente (salários, frações de férias com o terço constitucional e 13º salário, FGTS e respectiva indenização de 40%).

Com efeito, a cominação estabelecida para o descumprimento desta obrigação de não rescindir está no § 5º do art. 2º da MP 944 e no § 6º do art. 2º da Lei nº 14.043/20, consistindo no vencimento antecipado da dívida[25]. A par deste efeito que a garantia gera

---

22 ***MP 944 - Art. 1º Fica instituído o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, destinado à realização de operações de crédito com empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, com a finalidade de pagamento de folha salarial de seus empregados. Lei nº 14.043 - Art. 1º Fica instituído o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, destinado à realização de operações de crédito com os seguintes agentes econômicos, com a finalidade de pagamento de folha salarial de seus empregados ou de verbas trabalhistas, na forma desta Lei: I - empresários; II - sociedades simples; III - sociedades empresárias e sociedades cooperativas, exceto as sociedades de crédito; IV - organizações da sociedade civil, definidas no*** inciso I do **caput** do art. 2º da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014***, e no*** inciso IV do **caput** do art. 44 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ***(Código Civil); e V - empregadores rurais, definidos no*** art. 3º da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973**.**

23 ***MP 944 – Art. 2º, § 4º, § 4º As pessoas a que se refere o art. 1º que contratarem as linhas de crédito no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos assumirão contratualmente as seguintes obrigações: (...) III - não rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho de seus empregados no período compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após o recebimento da última parcela da linha de crédito. Lei 14043 - Art. 2º, § 3º As pessoas a que se refere o art. 1º desta Lei que contratarem as linhas de crédito no âmbito do Programa assumirão contratualmente as seguintes obrigações: (...) IV - não rescindir sem justa causa o contrato de trabalho de seus empregados, no período compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após a liberação dos valores referentes à última parcela da linha de crédito pela instituição financeira.***

24 ***COELHO, Fabiano; GASPAR, Danilo; MIZIARA, Raphael; SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de.*** **Direito do Trabalho de Emergência*****: Impactos da COVID-19 no Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 134.***

25 ***MP 944 – Art. 2º, § 5º O não atendimento a qualquer das obrigações de que trata o § 4º implica o vencimento***

para o empregador, ao empregado não é assegurada qualquer vantagem além das verbas a que faz jus pela despedida.

Pode-se afirmar, no entanto, que, percebendo o empregador o financiamento fornecido pelo Governo, todos os seus empregados terão uma espécie de garantia coletiva "no período compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após o recebimento da última parcela da linha de crédito", como diz a lei. A garantia é, com certeza, atípica, e se justifica pela excepcionalidade do momento pandêmico, que requer medidas extraordinárias. Ainda neste cenário da pandemia coronavírus, importante e polêmica Lei foi editada, direcionada à proteção da empregada gestante. Trata-se da Lei nº 14.151, de 13/05/21, que determinou o afastamento obrigatório das empregadas grávidas das atividades presenciais[26]. Com dois artigos apenas, um deles tratando da vigência, a Lei tem ensejado múltiplas discussões, especialmente no que tange à responsabilidade do empregador (ou da Previdência Social) pela satisfação da remuneração, que deve ser mantida durante o afastamento, ainda que não haja possibilidade, pela natureza das atividades, de ser realizado o trabalho fora do estabelecimento do empregador[27].

Esta Lei não outorgou qualquer espécie de garantia de emprego à gestante. A garantia prevista na Constituição e acima analisada é adquirida a partir da concepção e a nova garantia outorgada pela MP 936, Lei 14.020/20 e MP 1045, se a gravidez tenha acontecido ao tempo de vigência destes atos normativos, lhe será assegurada na forma disposta na Lei 14.020 e na MP 1045. Com efeito, se a empregada teve seu contrato suspenso ou teve sua jornada e salário reduzido, o período da garantia de emprego então assegurada a ela será contado a partir do término do período de garantia estabelecida no art. 10, ADCT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A empregada gestante, como se busca demonstrar no presente texto, entre tantas tutelas protetivas de que é destinatária, tem seu emprego assegurado, garantia esta que é objeto de Convenções da OIT, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional.

---

antecipado da dívida. Lei 14.043/20 – Art. 2º, § 6º O não atendimento a qualquer das obrigações de que tratam os §§ 3º, 4º e 5º deste artigo implica o vencimento antecipado da dívida.

26 *Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração. Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.*

27 *Sobre o tema, ver BRAMANTE, Ivani Contini. Proteção à gestante na pandemia: salário-maternidade por risco ambiente Covid-19.* **Revista LTr: Legislação do Trabalho.** *São Paulo, v. 84, n. 11, p. 1380-1390, nov. 2020; e SILVA, Fábio Dias da. A impossibilidade do trabalho remoto das gestantes e a remuneração: aspectos críticos à Lei n. 14.151/2021.* **Revista Síntese***: Trabalhista e Previdenciária, v. 32, n. 385, p. 42-60, jul. 2021.*

A par disto, e diante do cenário pandêmico (coronavírus-COVID 19), novas garantias de emprego foram outorgadas a todos empregados, incluindo a gestante. E, em relação a ela, especificamente, releva o fato de que, de forma inovatória, a garantia oriunda das MPs 936 e 1045 e da Lei nº 14.043/20 é somada à garantia constitucional a ela assegurada na CF/88.

Ainda que as novas garantias de emprego criadas para o período pandêmico possam não assegurar a permanência dos empregados nos seus empregos, como se verifica com as garantias tradicionais, é certo que constituem óbices à rescisão injustificada dos contratos, limitando o poder do empregador de livremente dar fim aos contratos de emprego, o que é um imperativo no momento de crise que se está experimentando. Desse modo, diante das garantias asseguradas, apenas as despedidas por justa causa e as restritas e excepcionais hipóteses de pedidos de demissão poderão afastá-la.

Evidentemente, preservar os empregos de todos é fundamental, especialmente quando há uma crise pandêmica a ser enfrentada. E, em se tratando de empregada gestante, mais se justifica esta garantia, não apenas pela necessária tutela em momento tão delicado, mas também pelo indispensável papel da maternidade e seus reflexos no trabalho da mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAMANTE, Ivani Contini. Proteção à gestante na pandemia: salário-maternidade por risco ambiente Covid-19. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 84, n. 11, p. 1380-1390, nov. 2020.

BRASIL. Lei Nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021a.

BRASIL. Lei Nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021b.

BRASIL. Lei Nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/lei/l11634.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021c.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. 24 de setembro de 2021d.

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021e

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021f.

BRASIL. Decreto Nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021g.

BRASIL. Medida Provisória Nº 936, de 1º de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm Acesso em: 24 de setembro de 2021.

BRASIL. Medida Provisória Nº 1.045, de 27 de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei Nº 14.151, de 12 de maio de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021.

COELHO, Fabiano; GASPAR, Danilo; MIZIARA, Raphael; SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. Direito do Trabalho de Emergência: Impactos da COVID-19 no Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-27/21. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf Acesso em 28 de setembro de 2021

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 17 ed., ver., atual e ampl. São Paulo: LTr, 2018. 1760 p

DESTE, Janete; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Garantia de emprego no período da pandemia. In: MOLINA, André Araújo; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; MARANHÃO, Ney (coord.). Direito e processo do trabalho no ano de 2020: anais do 1º Ciclo de Palestras do Grupo Eletrônico "Ágora Trabalhista". São Paulo: ESA/OAB-SP, 2020 (e-book).

FAGUNDES, Bárbara; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Proteção do Mercado de Trabalho da Mulher: Jurimetria e o Art. 7º, XX, da Constituição Federal e recentes decisões.

HAINZENREDER, Eugênio, Júnior. (Organizador). COVID-19 O enfrentamento jurídico. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi: Rossi, Maffini, Milmann, Grando Advogados, 2021.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C003 - Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade). Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm Acesso em: 24 de setembro de 2021a.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C103 - Amparo à Maternidade (Revista). Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2021b.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C183 - Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183. Acesso em: 24 de setembro de 2021c.

SILVA, Fábio Dias da. A impossibilidade do trabalho remoto das gestantes e a remuneração: aspectos críticos à Lei n. 14.151/2021. Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária, v. 32, n. 385, p. 42-60, jul. 2021.

A PRIVACIDADE EM TEMPOS DA COVID–19

Flávio Luiz da Costa[1]

RESUMO

Os seres humanos, no afã da onipresença, estão se interconectando ainda mais a cada dia que passa por meio de diversas plataformas integralizadas de comunicação full time. Elas sedimentaram pontes sólidas que neste vasto multiverso virtual da internet guardam consigo ferramentas úteis de proteção alinhadas às necessidades de novas certificações de criptografias seguras, em virtude da existência de softwares avançados que hackeiam informações sigilosas que, sob seqüestro, extorquem o usuário auferindo dele valores elevados, bem como uso indevido e fraudes, razão pela qual, toda essa novidade em resiliência digital protege, essencialmente, a privacidade. E neste momento em que o planeta vive a pandemia da COVID–19, nações buscam soluções distintas o suficiente com a finalidade de evitar mortes por ausência de vacina até o presente momento, catalogando, para tanto, conteúdos de fontes científicas e confiáveis de informações do homem. Nesse sentido, o Brasil, inclusive, editou lei federal que retirou parcialmente o sigilo de dados de pacientes em face da COVID–19 visando a norma acelerar e tornar mais eficiente a interação entre as repartições públicas de saúde. No entanto, o texto constitucional assegura a inviolabilidade e preservação da privacidade ancorada, na hipótese em apreço, tanto pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Lei Federal nº. 13.709/2018) quanto pela Lei do Prontuário Eletrônico (Lei Federal nº. 13.787/2018), editadas antes da pandemia. Desse modo, qual o novo limite para a privacidade e até que ponto essa garantia fundamental poderá ser mitigada? O objetivo é iniciar debate acerca do direito fundamental à privacidade no período da pandemia da COVID–19.

PALAVRAS–CHAVES

Privacidade, Direito Fundamental, Relativização.

1 Juiz do Trabalho no TRT19. Doutor em Ciência Jurídicas. Prof. da Universidade Federal de Alagoas e da Universidade Tiradentes - Maceió.

ABSTRACT

Human beings, in the pursuit of omnipresence, are interconnecting even more each day that passes through several integrated platforms for full time communication. They solidified solid bridges that in this vast virtual multiverse of the internet keep useful protection tools in line with the needs of new secure encryption certifications, due to the existence of advanced software that hacks sensitive information that, under hijacking, extorts the user from high values, as well as misuse and fraud, which is why, all this novelty in digital resilience essentially protects privacy. And at this time when the planet is experiencing the COVID–19 pandemic, nations are looking for solutions that are distinct enough to prevent deaths from the absence of vaccines to date, cataloging content from scientific and reliable sources. In this sense, Brazil, in fact, enacted a federal law that partially removed the confidentiality of patient data in the face of COVID–19 aiming at the norm to speed up and make the interaction between public health departments more efficient. However, the constitutional text ensures the inviolability and preservation of anchored privacy, in the hypothesis under consideration, both by the General Data Protection Law (LGPD) (Federal Law No. 13,709/2018) and by the Electronic Health Record Law (Federal Law No. 13,787/2018), published before the pandemic. So, what is the new limit on privacy and to what extent can this fundamental guarantee be mitigated? The objective is to start a debate about the fundamental right to privacy during the COVID–19 pandemic period.

KEYWORDS

Privacy, Fundamental Right, Relativization.

INTRODUÇÃO

Os seres humanos, no afã da onipresença, estão se interconectando ainda mais a cada dia que passa por meio de diversas plataformas integralizadas de comunicação full time (WEISS, 2019).

Elas sedimentaram pontes sólidas que neste vasto multiverso virtual da internet guardam consigo ferramentas úteis de proteção alinhadas às necessidades de novas certificações de criptografias seguras, em virtude da existência de softwares avançados que hackeiam informações sigilosas que, sob seqüestro, extorquem o usuário auferindo dele valores elevados, além do uso indevido de seus dados mediante fraudes, razão pela qual,

toda essa novidade envolvendo o quociente de resiliência digital busca proteger, essencialmente, a privacidade de todos que acessam o ambiente virtual (PWC, 2019).

E neste momento em que o planeta vive a pandemia da COVID–19, nações buscam soluções distintas o suficiente com a finalidade evitar mortes por ausência de vacina até o presente momento, catalogando, para tanto, conteúdos de fontes científicas e confiáveis (MORAES, 2020; OLIVETO, 2020).

Nesse sentido, o Brasil, inclusive, editou a Lei Federal nº. 13.979/2020 que retirou parcialmente o sigilo de dados de pacientes em face da COVID–19 visando à norma acelerar e tornar mais eficiente a interação entre as repartições públicas de saúde do país (NOVAES et all, 2020; MARTINS; LONGHI, 2020).

No entanto, o texto constitucional assegura a inviolabilidade e preservação da privacidade ancorada, na hipótese em apreço, tanto pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Lei Federal nº. 13.709/2018) quanto pela Lei do Prontuário Eletrônico (Lei Federal nº. 13.787/2018), editadas antes da pandemia (LOPES; KAC, 2020).

Desse modo, qual o novo limite para a privacidade e até que ponto essa garantia fundamental poderá ser mitigada?

O objetivo é iniciar debate acerca do direito fundamental à privacidade no período da pandemia do COVID–19, sem, de forma alguma esgotar a temática.

OBJETIVO

Iniciar debate acerca do direito fundamental à privacidade no período da pandemia do COVID–19.

MÉTODO

A metodologia adotada foi a descritiva, cuja abordagem consistiu na leitura de artigos, jurisprudência e legislação, com anti–plágios (MARCONI; LAKATOS, 2011).

DISCUSSÃO/RESULTADO

Em todos os meios de comunicação 'on line' existentes no planeta supõe–se que a palavra mais utilizada em pesquisas nesses últimos 6 meses é o vírus Sars–CoVi–2, mais conhecido por COVID–19, contendo nela sua origem, formas de contágio, países afetados, pessoas infectadas, óbitos e recuperações, bem como o avanço das pesquisas na tentativa de se encontrar vacina para a sua cura.

Várias são as formas de profilaxia aqui aplicadas, mas, as mais comuns são a reclusão social, o uso de máscaras faciais profissionais (PFF1 e NP95) e/ou de tecido recomendadas (gramatura 100gr/m²), álcool em gel a 70%, álcool líquido a 70%, água e sabão ou detergente, luvas resistentes e descartáveis, toucas, óculos de proteção facial tipo escudo (Face Shield), óculos de proteção facial fechado lateralmente, banhos regulares (higiene pessoal) e lavagem de roupas utilizadas ao retornar da rua.

Demais disso, deve–se higienizar todos os alimentos, além de outros cuidados que se fizerem necessários, a depender da profissão (saúde, segurança, limpeza urbana, farmácias, postos de combustíveis, transporte, terceirizados, delivery etc.), idade e tempo de exposição ao ambiente urbano (ruas etc.). Bem como evitar abraços, apertos de mãos, e, ao espirrar, usar a parte interna do braço para não espalhar a contaminação.

No Brasil, não diferente do que ocorre no mundo inteiro, os governos estaduais decretaram suspensão de atividades não–essenciais, recomendando preferencialmente a reclusão social domiciliar para aqueles que não atuam em atividades essenciais, uso de tecnologia remota (*home office*), e, se necessitarem sair de suas moradias, devem ser os mais precisos e pontuais possíveis a evitar exposição desnecessária, em razão de que, conforme dito em linhas anteriores, não há cura para esse vírus.

Nesse sentido, todos precisam compreender que esse vírus é algo que sozinho não se pode derrotar, especialmente pela falta de vacina até agora, e, de igual maneira, as legislações vigentes não respondem à necessidade imediata de pleno monitoramento para aplicação das medidas recomendadas já mencionadas ao seu enfrentamento, dentre elas o isolamento, distanciamento social, a quarentena pós–contágio e o *lockdown*.

E diante de todos os cuidados e informações sobre a sua prevenção, o governo federal e as gestões estaduais e municipais perceberam que as pessoas, claro que não a sua maioria, mas em número significativo de concidadãos, estão descumprindo as condutas básicas disciplinadas em propagandas veiculadas nas mídias, comprometendo não somente a sua vida, mas às de diversas outras que possam ter contato consigo, no interregno entre o diagnóstico do contágio por Covid–19 até o seu tratamento.

Por isso, o setor público firmou parcerias com empresas do segmento de tecnologia em comunicação e informação para monitorar esse fluxo de pessoas que continuam a percorrer as vias públicas, no intuito de, segundo noticiam na imprensa falada e escrita, catalogar o índice de cumprimento da reclusão social e o seu impacto na redução do quantitativo de pessoas infectadas pelo vírus, com objetivo de traçar linhas de ação para reforçar o sistema de atendimento médico construído para essa ocasião.

Exemplo prático é o do governo do Estado de São Paulo que divulgou a implantação do "sistema de monitoramento inteligente" dos cidadãos (Simi-SP) com finalidade

evitar aglomerações utilizando tecnologias digitais como à dos *smartphones*. Ele funcionará a partir de uma parceria com a Vivo, Claro, Oi e TIM, que repassarão dados de aglomerações para indicar mapa de calor. Noticia-se que outros Governos da federação têm interesse em adotar idêntica técnica (VALENTE, 2020).

Ocorre que a polêmica que surgiu decorre de possível violação a direitos civis protegidos constitucionalmente enquanto direito fundamental, tais como a privacidade, tendo em conta que os dados pessoais dos usuários de telefonias móveis podem ser compartilhados com os governos federal, estadual e municipal sem comprovação inequívoca de total segurança na proteção de seus conteúdos. E o ponto da questão é justamente saber quais são essas informações concretamente, e como elas são catalogadas, armazenadas, protegidas e o nível de acesso a elas pelos agentes públicos.

Assim, constata–se que o nó górdio repousa na preocupação de se saber se apenas os dados relativos à geolocalização estão sendo repassados pelas empresas ou se outras informações de âmbito pessoal também foram incluídos nesse pacote, tais como cadastro individual, lista de chamadas realizadas, além de outros dados sensíveis.

Nesse aspecto, é preciso rememorar que a norma constitucional, esculpida na primavera de 1988, assegura a todos os cidadãos, natos, naturalizados e os de passagem, direitos fundamentais construídos em momento histórico ímpar do Brasil de se celebrar a escolha dos legisladores originários pelo andar de cima da vida normativa, pela luz trazida com a incorporação expressa e implícita dos direitos humanos internacionais.

Portanto, qual o limite dessas referidas medidas estatais adotadas?

Respondendo a essa indagação, inicialmente, não se pode tratar desse tema sem abordar o conceito de privacidade que pode ser entendido como uma qualidade inata do ser humano, desde o corte de seu cordão umbilical, amparada na proteção da dignidade da pessoa humana, expressa no texto constitucional, no que diz respeito ao direito fundamental de manter informações sobre sua vida pessoal em seu mais absoluto sigilo.

A doutrina construiu conceito plural de privacidade moldado na proteção da dignidade da pessoa humana, predicado normativo atrelado à individualidade, imantado na sua personalidade substancial que percorre consigo por toda sua existência.

Logo, infere–se da doutrina correspondente que o conceito de privacidade pode ser definido como o direito pessoal de proteger a sua intimidade, vida privada, honra, seu isolamento, a sua vontade unilateral de estar sozinho, de não querer ser monitorado e nem bisbilhotado, rastreado, perseguido ou mesmo reconhecido, de ser deixado em paz, bem como o enfoque sobre o seu esquecimento, isso em relação ao mundo exterior.

Para tanto, Márcio Túlio Viana realizou desdobramento do direito à privacidade em três pilares: direito de não ser monitorado, registrado e nem ser reconhecido. É que

ele compreende que o direito à privacidade ultrapassou as barreiras conceituais, porque ela não se refere apenas ao interesse privado, mas a partir de sua inclusão no texto constitucional, tornou–se fundamento do Estado Democrático de Direito, ao exemplo, de não ter seus dados publicados sem autorização (VIANA, 2007).

Esse entendimento também foi sedimentado por J. J. Gomes Canotilho ao lecionar que a privacidade insere–se no conceito de direito de personalidade, hipótese que deságua, portanto, no contexto de direitos fundamentais (MILAGRE, 2007).
E da privacidade podemos destacar o direito a intimidade, eis que, na verdade, pode–se emanar dela que a privacidade seria gênero e a intimidade espécie, mormente se perceber que o segundo está, de certo modo, contido na premissa do primeiro, não sendo, dessa forma, sinônimos, notadamente porque a privacidade equivale a uma piscina e a intimidade seria o grau de profundidade dela, em que quanto mais se aproxima da pessoa aumenta–se o seu grau de intimidade.

A privacidade também foi definida dentro da teoria alemã dos círculos concêntricos da esfera da vida privada ou teoria das esferas da personalidade, criada por Heinrich Hubmann, classificando–a em três esferas concêntricas. A primeira delas, mais fechada, é a denominada de secreta (*Geheimnisphäre*) atrelada ao indivíduo em que seleciona quantidade pequena de pessoas com as quais possui interação. A segunda, denominada de privada (*Privatsphäre*), possui círculo de relacionamento maior, contendo número de indivíduos em quantidade acima da primeira esfera. Por fim, a terceira, a intimidade (*Intimität*), é maior que as duas primeiras, notadamente porque contemplaria a pessoa na sua unicidade e identidade, excluindo a coletividade, que não tendo contato com a vida dela, logo, ficará de fora dessa esfera (CAMARGO; WINIKES, 2012; ROSSONI; BOLESINA, 2014).

Luís Roberto Barroso entende que "a intimidade e a vida privada estariam representadas em esferas distintas, compreendidas no conceito mais amplo de direito de privacidade", ressaltando, em seu raciocínio, que a intimidade estaria conectada à pessoa em si mesma, unicamente, enquanto que a vida privada alcançaria conceito mais elástico, atingindo também, por isso, as relações sociais do indivíduo (MORAIS, 2017).

E embora existam correntes que classifiquem a privacidade simbolizando–a em esferas de personalidade, a exemplo de Heinrich Hubmann, Henkel, Menezes Cordeiro, Daniela Oslander e José Adércio Leite Sampaio, a meta desse estudo se aproxima de aplicabilidade prática (CAMARGO; WINIKES, 2012; ROSSONI; BOLESINA, 2014).

De maneira que em que pese a compreensão esposada sobre a privacidade, é certo que vivencia–se uma crise aguda e global por causa da Covid–19, principalmente

por não se dispor, até o presente momento, de vacina contra esse vírus, cuja adoção de medidas profiláticas, embora sejam eficientes quando aliadas ao isolamento social, por exemplo, repise–se, não estão contendo o seu rápido avanço pelo planeta.

Por sua vez, no Brasil, a privacidade difere–se de intimidade, e isso se verifica no art. 5º, inciso X, da CF/88 que expressa com clareza que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Desse modo, a vida privada tem conceito diverso de intimidade, em que Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho afirma ser "*aquilo que é compartilhado a um grupo restrito de pessoas mais íntimas, cônjuges, familiares, alguns poucos amigos, ou pessoas da inteira confiança do indivíduo que faz a discrição*"(MILAGRE, 2007).

A intimidade, diante do exemplo da piscina apreciado em linhas anteriores, tem conceito destacado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior que enfatiza a intimidade como sendo "o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)" (CAMARGO; WINIKES, 2012; FERRAZ JÚNIOR, 1992).

Nesse caminhar, tem–se que o mundo contemporâneo, representado pelos maiores estadistas de sua época vividos no período da pós–segunda guerra, acabou por consagrar, com alcance mais abrangente, agora através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em reunião assentada na Assembléia Geral das Nações Unidas, também em 1948, constante no artigo 12, o direito à privacidade como essencial à proteção da dignidade da pessoa humana.

Esse dispositivo contido na DUDH expressa taxativamente que "[n]inguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques" (ONU, 2020).

Evidentemente que ele não surgiu com a DUDH de 1948, em virtude de que pesquisas apontam que desde o século XVII esse tema pautou a sociedade, iniciando–se a partir das construções de quartos em moradias particulares e hotéis até mesmo quando da invenção da máquina fotográfica no final do século XIX (VIDAL, 2010; RIBEIRO, 2020), mas como acima pontuado, sem registros da sua estruturação jurídica.

Por isso, registre–se que o direito a privacidade era desconhecido dos antigos, suas vidas transcorriam nos espaços públicos; e, antes do final do século XIX não se encontram registros da estruturação jurídica do direito à privacidade, tendo como marco o ano de 1948, por primeiro com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do

Homem (aprovada em Bogotá, no dia 02.05.1948) com texto de proteção a intimidade.

O art. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) da ONU, por sua vez, então ratificado pelo governo brasileiro através do Decreto Federal nº. 592, de 06/07/1992, consigna que "[n]inguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra e reputação" e que "[t]oda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques" (ONU, 2020; PLANALTO, 2020).

Além das normas internacionais apresentadas sobre o contexto de privacidade, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), editou Recomendação nº. 189 que trata do trabalho doméstico que foi ratificada e depositada pelo governo brasileiro, em 31/01/2018 em Genebra, na Suíça, em que consta no art. 6º que "[t]odo Membro deverá adotar medidas para assegurar que trabalhadores domésticos, como os trabalhadores em geral, usufruam de condições equitativas de emprego e condições de trabalho decente, assim como, se residem no domicílio onde trabalham, assegurar condições de vida decentes que respeitem sua privacidade". (OIT, 2020; CÂMARA DEPUTADOS, 2020).

Importante somar a tudo isso que a Carta da Primavera de 1988 em seu art. 5º, incisos X, XI e XII, assevera que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"; acrescentando que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial", bem como, ao final, assevera que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (PLANALTO, 2020).

E apesar dos arcabouços aqui trazidos, acrescente–se que tramita no Congresso Nacional a PEC nº. 17, de 2019, que objetiva incluir no rol do art. 5º, o inciso XII–A com a finalidade assegurar a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Vale destacar que em termos de legislação infraconstitucional, o próprio Código Civil de 2002, em seu art. 20, aduz claramente que "[s]alvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais" (PLANALTO, 2020).

E no parágrafo único do art. 20 constam os legitimados a garantir essa proteção em favor do 'de cujus', que "[e]m se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes". O art. 21 do CC/02 destaca que "[a] vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (PLANALTO, 2020).

Sobre esses dispositivos trazidos do Código Civil, o STF na ADIN nº. 4815 declarou serem constitucionais os arts. 20 e 21 do CC/02 e julgou "procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)" (STF. ADIN Nº. 4815. MINª. RELª. CARMEM LÚCIA. DJE: 01/02/2016).

Consigne–se que esse precedente da Excelsa Corte buscou moderar o direito fundamental à privacidade, numa interpretação conforme o texto constitucional de não ser direito absoluto bastante que possa amordaçar igual garantia fundamental, qual seja: a livre expressão de atividade científica, intelectual, artística e de comunicação. O que criaria, caso o Supremo acolhesse o pleito, uma espécie de censura prévia, mormente definiu que em circunstância de violação, será cabível direito de resposta e indenização.

Em continuidade, verifica–se na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, oportunamente, que ela possui dispositivos que tratam, ainda que implicitamente, sobre o direito à privacidade, a saber, no art. 389, inciso III, que toda empresa é obrigada a instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo–se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences.

Na norma celetista consta o art. 483, alínea 'e', há de se interpretar como fator de rescisão direta causada pelo empregador a invasão à privacidade de seus empregados ao dispor textualmente que o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Acrescente–se que o Código Penal do Brasil lista do art. 150 ao art. 154–B os delitos e as penas a serem aplicados nas hipóteses previstas no que se refere à violação de domicílio;

violação de correspondência; sonegação ou destruição de correspondência; **violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica; violação de** correspondência comercial; divulgação de segredo; violação de segredo profissional e invasão de dispositivo informático.

E ao se interpretar o Código de Processo Penal, do art. 240 ao art. 250, conclui–se pela possibilidade de realizar buscas e apreensões de coisas e de pessoas, desde que preenchidos os requisitos e após apreciação e autorização judicial, salvo em flagrante delito, sob pena de nulidade das provas colhidas irregularmente.

Nesse mote, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência em que considera ilícito o acesso aos dados do celular extraídos do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente, cuja proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como smartphones e tablets, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação (STJ. HC Nº. 542940/SP. MIN. REL. NEFI CORDEIRO. DJE 10/03/2020 C/C HC Nº. 530282/SE. MIN. REL. ANTÔNIO SALDANHA PALHEIROS. DJE: 18/02/2020).

Registre–se que no país há a Lei Federal de Proteção Geral de Dados Pessoais, promulgada através da Lei Federal nº. 13.709/2018 que foi objeto de alteração pela Lei Federal nº. 13.853/2019 que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Para tanto, consta no seu art. 2º que a proteção de dados pessoais tem como finalidade o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Demais disso, a Lei Federal nº. 13.787/2018 dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente, assegurando tanto a proteção de dados do paciente quanto o prazo mínimo de 20 (vinte) anos contra destruição, a partir do último registro, no qual os prontuários em suporte de papel e os digitalizados poderão ser eliminados.

Diante de todas as normas destacadas, desde às internacionais até às de âmbito na-

cional, verifica–se preocupação em proteger o direito de privacidade, o que nos permite seguramente afirmar que se trata de uma garantia fundamental.

Todavia, tem–se a compreensão de que a depender da intensidade na sua utilização, esse dispositivo fundamental não pode se sobrepor a norma de mesma hierarquia constitucional, motivo pelo qual as legislações de proteção de dados, que visam proteger liberdades individuais e coletivas, tendem a ganhar relevância incomensurável, diante do risco de que a utilização de dados móveis desborde de sua finalidade para interesses não relacionados ao combate a Covid–19.

Nesse cenário, o panorama traçado mundo à fora quanto às mudanças trazidas pelo monitoramento das pessoas, já vinha sendo utilizada mesmo antes do espalhamento desse vírus, com adoção de inteligência artificial focada na identificação de pessoas desaparecidas e também àquelas que possuem mandados de prisão em aberto, grupo de terroristas, facções perigosas, espionagem, entre outras hipóteses semelhantes.

Nesse contexto, pesquisadores chineses desenvolveram sistema de reconhecimento facial sem contato, o qual permite a medição da temperatura corporal. Essa tecnologia permite que funcionários de estações de trem e aeroportos monitorem os passageiros, detectando aqueles que estão doentes. Por isso, o Governo Chinês criou aplicativo com código baseado nas cores dos sinais de trânsito – verde, amarelo, vermelho – que restringe a liberdade de circulação do cidadão a depender da possibilidade de oferecer algum risco de contágio (BBC, 2020; CNN, 2020).

Por certo, a inteligência artificial também tem outras vantagens, a exemplo no Ocidente com a utilização de drones que dispersem reuniões públicas e advirtam pessoas que circulem sem a utilização de máscaras. E mais: os drones esterilizam grandes extensões de áreas públicas com maior eficiência que os métodos tradicionais de limpeza. Em números, estima–se que os drones são 50 vezes mais eficientes nesta última tarefa. (BBC, 2020; FOLHA, OGLOBO, 2020; UOL, 2020; EPOCANEGOCIOS, 2020). Não bastasse isso, robôs ajudam a desinfetar alas de hospitais usando para tanto a luz UV.

Já a Coreia do Sul tem efetuado massivos testes sanguíneos para a Covid–19, seguido do rastreamento de dados pessoais, como registros do GPS do celular ou do uso do cartão de crédito, de forma a mapear os locais em que as pessoas contaminadas estiveram e, assim, emitir alertas para outros potenciais contaminados se testarem e se isolarem (BBC, 2020). Simultaneamente foram desenvolvidos aplicativos de celular, como o "Corona 100" que permite que os usuários saibam a proximidade que se encontram de pacientes que contraíram o coronavírus, a data em que a infecção foi confirmada, a nacionalidade, o gênero, a idade e os locais que ele visitou.

Não obstante todo esforço concentrado pelos países acima mencionados que ado-

taram tecnologias inovadoras, as quais buscam alinhar um mapa de combate a COVID–19 consentâneo às suas realidades e, a partir delas, pautam suas estratégias para evitar o alargamento do raio de contaminação da coronavírus, todavia, é preciso questionar se a tecnologia alicerçada em dados móveis dos usuários estará segura nas mãos do Estado, e se tais informações terão a devida proteção e tratamento adequados.

Exemplo dessa argumentação é que na Europa cresce a busca por aplicativo que possa dispor unicamente em sua plataforma tanto a garantia na rastreabilidade quanto permitir o intercâmbio protegido de dados anônimos na luta contra a Covid–19.

Para essa finalidade, a Comissão Européia recentemente divulgou um guia com os parâmetros que os países membros da União Européia devem seguir para desenvolverem tecnologias de rastreamento de contato considerando–se a privacidade dos usuários (BBC, 2020). Isso revela que se iniciou processo decorrente de uma pauta substancial coletiva que é o direito de privacidade, em que naturalmente esse tema viria à tona nos países que tiveram suas estruturas abaladas com os traumas do pós–guerra, isso porque não se poderia criar ferramenta tecnológica sem controle externo feito pela própria sociedade que será afetada diretamente pela sua utilização indiscriminada.

A metodologia utilizada pelo órgão europeu impõe que aplicativos que permitam rastrear o contato entre as pessoas e emitir alertas quando uma delas for diagnosticada com a Covid–19 desempenhem "papel fundamental em todas as fases do gerenciamento de crises, especialmente quando o momento for favorável para retirar gradualmente as medidas de distanciamento social" (BBC, 2020). Ou seja, a técnica visa utilizar mecanismos tecnológicos que possam conjugar ações estatais sem incorrer em violações a direitos individuais e coletivos, principalmente nessa era de libertação dos direitos fundamentais que subiram o degrau da evolução normativa constitucional.

Demais disso, aponta o documento da Comissão Europeia estabelecimento de que essas tecnologias devem estar totalmente em acordo com a legislação de proteção de dados da União Europeia. O órgão também afirmou que o aplicativo deve ser usado de forma voluntária e ser desabilitado quando não mais necessário. Ademais, o mecanismo deve preservar a identidade da pessoa infectada. Ele destaca que essa tecnologia provavelmente seria baseada em bluetooth (BBC, 2020). Logo, esse compartilhamento de dados teria, em tese, proteção suficiente seja porque houve padronização para essa finalidade, bem como a forma de transferência de dados pode ser controlado pelo próprio usuário, bastando ele desconectar o bluetooth.

De modo inédito, as empresas Google e Apple propuseram parceria para o desenvolvimento em conjunto de tecnologia similar de modo a facilitar a construção de um protocolo global, em que privacidade, transparência e consentimento são de extrema

importância (SCHREIBER, 2020). Com isso, se constata claramente que o tema central em questão é garantir a privacidade e o direito de tê–la preservada (ou não) exclusivamente nas mãos de seu detentor natural: o usuário.

Noutro prisma, na Rússia, câmeras de reconhecimento facial reconheceram pessoas que violaram a quarentena, levando a Polícia de Moscou a capturar 200 pessoas (THE INTERCEPT BRASIL, 2020). Tal recorte já traz uma situação para que se questione a possibilidade de utilizar essas imagens e a captação de dados móveis em face da quebra da privacidade e, de consequência, restrição ao direito de liberdade.

Por conseguinte, a empresa Palantir que foi contratada pela NSA e conhecida pelo desrespeito à privacidade, está ajudando o Serviço Nacional de Saúde da Grã-Bretanha a rastrear infecções. Aplicativos que se aproveitam da alta precisão dos sensores presentes nos smartphones para impor distanciamento social ou mapear os movimentos dos infectados foram implantados em Cingapura, na Polônia e no Quênia (THE INTERCEPT BRASIL, 2020). Daí porque a preocupação maior com o uso desses dados por empresas que não possuem, em seu histórico de funcionamento, compromisso com a ética e não possuem sistema de 'compliance' coerente com as suas atividades.

Pesquisadores do MIT estão lançando aplicativo semelhante, mas considerado menos invasivo. No México, a Uber enviou às autoridades do governo dados de passageiros para rastrear a rota de um turista infectado, e baniram 240 usuários que fizeram viagens com o mesmo motorista (THE INTERCEPT BRASIL, 2020). Isso implica afirmar que existem métodos de se mapear o fluxo de pessoas em determinada localidade e extensão, por meio de aplicativo de serviços, sem autorização consciente do usuário do sistema, ao ponto de poder saber seus passos e, subitamente, num 'click', retirar–lhe do sistema de transporte sem ao menos comunicá–lo justificadamente.

Nos Estados Unidos, por sua vez, as autoridades de saúde pública, na tentativa de avaliar a adesão da população ao pedido para que fiquem em casa, e buscando detectar aglomerações perigosas, estão obtendo grandes volumes de dados pessoais de localização junto a anunciantes 'online', cujas atividades têm uma regulamentação considerada fraca. Os órgãos também discutem conseguir informações do Google (THE INTERCEPT BRASIL, 2020). Daí porque mister uma legislação condizente com essa transformação social promovida pelo avanço da tecnologia e, de igual modo, ao fato social relevante que foi a reclusão social provocada pelo Covid–19.

Na seqüência, a empresa americana Kinsa Health, fabricante de termômetros "inteligentes", criou um site especial para oferecer acesso a dados geográficos sobre a incidência de febre e outras informações disponibilizadas pelos usuários de seu aplicativo em centenas de milhares de residências. Isso garantiu à Kinsa bastante espaço na mídia,

incluindo um artigo do New York Times em que especialistas em saúde pública elogiaram o poder preditivo dos dados dos usuários do produto (THE INTERCEPT BRASIL, 2020). Essa tecnologia descortina que é possível efetivamente se compartilhar dados não sensíveis dos usuários, mas apenas informações relevantes que podem colaborar no mapeamento da Coronavírus.

Se, antes desse desenho, a ONU já alinhava que um terço dos países carece de leis para proteger os dados e a privacidade de seus cidadãos, ao revés disso, o governo brasileiro promulgou a Lei Federal nº. 13.979/2020, Lei da COVID–19, que em seu art. 6º, assenta ser obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

O seu § 1º aduz que essa obrigação estende–se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária. Já o § 2º assevera que o Ministério da Saúde manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais.

Reafirme–se que o direito à privacidade possui natureza jurídica relativa e não absoluta. É certo que tais dispositivos apresentados tiveram apenas o condão de revelar que há legislação suficiente à proteção da privacidade, intimidade e vida privada em que se poderiam discorrer rios de tinta relativos às jurisprudências pátrias sobre esse tema, mas tais dispositivos, ainda que tenham as melhores intenções de assegurar maior eficiência no combate ao Covid–19, não ficou clara a forma de proteção de toda essa imensidão de dados e o país não tem histórico seguro de proteção de informações.

É que a questão que está nublada é de se saber se em tempos da COVID–19 se pode falar em direito irrestrito à privacidade, mormente se viver pandemia de vírus cujos dados atuais e expressivos impõe aos gestores públicos medidas importantes para a sua prevenção e o seu combate, sob pena de não se conseguir reverter esse quadro em que o tempo é inexorável e cada minuto conta na busca de proteção ao Coronavírus.

Parece que o quadro após a pandemia beira ao inusitado cenário descrito no texto "The world after coronavirus", publicado no *Financial Times* em que o historiador **Yuval Harari**, aduz que a humanidade enfrenta duas importantes escolhas: a primeira é entre a vigilância totalitária e o empoderamento dos cidadãos e a segunda é entre o isolamento nacionalista e a solidariedade global **(FRAZÃO, 2020).**

Harari vai além e diz que a pandemia pode ser um divisor de águas na história da vigilância não somente por normalizar a utilização de ferramentas de vigilância em

massa, mas também por representar **uma transição da vigilância "over the skin" para a vigilância "under the skin" (FRAZÃO, 2020).**

Ele denomina de vigilância "over the skin" aquela que incide sobre os comportamentos exteriores dos seres humanos, como os sites que visita, os lugares para onde vai no mundo físico, o que compra, o caixa eletrônico em que fez um saque, o Shopping Center que passeou, entre outras. Conquanto, a vigilância "under the skin" é muito mais invasiva, pois monitoram dados biológicos – como temperatura corporal, pressão arterial, batimentos cardíacos, velocidade de respiração – o que possibilita que algoritmos saibam que estamos doentes antes de nós mesmos, ou seja, antes mesmo dos sintomas perceptíveis **(FRAZÃO, 2020).**

O que se visualiza no alvorecer é com a preocupação de que a inteligência artificial acabe por criar outra conjuntura que se possa permitir e aceitar uma vigilância em massa, com um monitoramento até então *over the skin* para um monitoramento *under the skin*, bem mais invasivo. Indo além de uma mera análise externa do sujeito, mas, agora invadindo a esfera da intimidade, aquela que contempla a pessoa na sua unicidade e identidade, que nem o próprio sujeito sabe que a contém.

De modo que o Superior Tribunal de Justiça foi acionado recentemente, através do Habbeas Corpus coletivo e preventivo nº. 572.996–SP, em que nele se discutiu justamente aquela medida adotada pelo governo do Estado de São Paulo, de sua parceria com as operadoras de telefonia para transferência de dados móveis (SIMI) no intuito de analisar a evolução da reclusão e distanciamento social. E naquela demanda o autor da ação sustentou que o ato violaria direitos fundamentais constitucionais.

A Ministra Relatora Laurita Vaz entendeu que a medida judicial apresentada não prosperaria naquela Alta Corte de Justiça, primeiro por ausência de legitimidade ativa do autor, segundo porque a via adequada não seria a partir do habbeas corpus e de outras ações originárias, terceiro porque não houve demonstração de eventual lesão à privacidade dos usuários, também o demandante não fez a individualização dos possíveis pacientes prejudicados com a ação estatal e, por fim, a sua decisão replicou fundamento adotado pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes na ADPF nº. 672/DF.

A relatora também consignou que "[não] é demais relembrar, ainda, que as medidas de isolamento implementadas no Estado de São Paulo para diminuir a propagação do novo coronavírus não foram determinadas em razão da parceria ora impugnada – são anteriores ao acordo".

Pelo que se verifica da judiciosa decisão, o tema ainda está em aberto, não se limitando a uma ação especial que teve infrutífero resultado diverso do pretendido. No entanto, acredita–se que esse debate jurídico caminhará até a Suprema Corte que vai se

debruçar nesse importante tema e definirá quais os limites não serão ultrapassados.

Seguindo a medida governamental utilizada pelo Estado de São Paulo, a Prefeitura do Rio de Janeiro celebrou idêntica parceria com a TIM para trazer à cidade sistema de análise de dados de deslocamento da população que aplicou na Europa e na Itália no combate à proliferação do novo coronavírus (covid-19). O projeto já havia sido usado na cidade durante a Copa do Mundo (2014) e as Olimpíadas (2016). (INFOMONEY, 2020). Hipótese que revela que os Entes Públicos celebrarão esse termo de parceria que, embora tenha a melhor das intenções, precisaria ser melhor analisado, no tocante ao conteúdo, armazenamento, catalogação, divulgação e acesso a esses dados, repise–se, sigilosos.

Outro ponto que se pode discutir é no âmbito penal que não foge ao tema central, eis que nos delitos praticados em relação à propagação do COVID–19 poderiam ser utilizados os dados móveis para provar que o réu promoveu a propalação do vírus?

A indagação decorre porque o decreto governamental recomenda os cuidados profiláticos a serem adotados por todos, haja vista que, para essa finalidade, de se utilizar os dados móveis como elemento probatório em face do réu, em tese, teria que existir norma expressa disciplinando isso pontualmente, na medida em que as normas processuais de natureza penal, numa análise perfunctória, não sinalizariam autorização para a expressa captura desses dados para se demonstrar o 'animus contaminandi' do agente.

Nesse sentido, a Medida Provisória Federal nº. 954/2020 que dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**COVID-19**), de que trata a Lei nº. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

É que a Suprema Corte referendou a Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 6387, 6388, 6389, 6393 e 6390 fixando o entendimento de que o compartilhamento previsto na MP nº. 954/2018 viola o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados, em voto da Ministra Rosa Weber.

Igualmente importante analisar aqui a questão da 'vacatio legis' da Lei Geral de Proteção de Dados, notadamente porque a sua reiteração postergou a implantação do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, tendo em conta que no texto originário ele estaria previsto para atuar a partir de 15/08/2020. Ocorre que a Medida Provisória nº. 959, de 29 de abril de 2020 elasteceu o prazo de sua implementação que ficou reagendada para 3 de maio de 2021.

É claro que a Constituição Federal de 1988, ínsito no art. 62, autoriza o Presidente

da República a editar medida provisória e, inclusive, a prorrogar por uma única vez e por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional, consoante expresso no § 7º do mesmo diploma constitucional.

O ponto nodal é de se saber qual o motivo que conduziu o governo federal a não implantar a totalidade da LGPD, eis que quando próximo ao início de seus efeitos normativos, divulgou Medida Provisória nº. 959/2020 que diz respeito a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial de que trata a Medida Provisória nº. 936, de 2020. Logo, o governo federal, ao que parece, buscou encaixar nessa MP, 'data vênia', matéria que não lhe diria respeito originariamente, fenômeno que o STF denominou de "emenda jabuti", cujo precedente símile está cristalizado na ADI nº. 5.127 – DF.

Essa situação promoveu efeito prospectivo da implantação tanto do Conselho Nacional de Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade quanto da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, principalmente nesse momento de pandemia, em que os governos federal, estadual e municipal, cada um dentro de sua esfera de poder, claro que na melhor das intenções, buscam enfrentar essa questão da Covid–19.

Ocorre que ambos os órgãos criado pela Lei Federal nº. 13.709/2018 poderiam somar esforços no sentido de se encontrar solução técnica, jurídica e pragmática no uso de dados em face da Covid–19 sem comprometer a privacidade dos usuários do sistema de telefonia e internet móveis.

E não é a primeira vez que isso acontece, observando–se o histórico que, nessa mesma norma, ao ser promulgada a sua 'vacatio legis', ela se encerraria em fevereiro de 2020. Daí houve a edição da MP nº. 869/2018, então convertida na Lei Federal nº. 13.853/2020 que postergou a 'vacatio legis' para agosto de 2020. Acontece que subitamente veio a MP nº. 959/2020 e lançou os efeitos da lei para 3 de maio de 2021.

Para se ter idéia da importância do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, nos termos do art. 58–B, da Lei Federal nº. 13.709/2018, ele possui as seguintes atribuições: propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD; elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; sugerir ações a serem realizadas pela ANPD; elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade; e disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, deflui–se desse estudo que os seres humanos possuem garantia natural à privacidade, enquanto mecanismo de proteção natural de sua individualidade, intimidade e de seu Eu pessoal, predicado que não pode lhe ser retirado, ainda que sob o prisma de se defender a sociedade como um todo, cujas medidas governamentais de uso de dados indiscriminados e sem limitação de seu poder estatal não podem descortinar o véu de proteção fundamental de ordem constitucional.

Pontue–se que os decretos governamentais que recomendam adoção de medidas profiláticas ao Covid–19 estão em conformidade com a constituição, isso no que se refere às condutas que todos devem ter consigo, repita–se, manutenção do distanciamento e isolamento social, higienização, uso de equipamentos de proteção individual, demais ações que evitem contaminação, além de respeitarem normas sanitárias para o funcionamento adequado de estabelecimentos essenciais.

Até porque o próprio STF, nos autos da ADPF nº. 672/DF, mediante decisão do Ministro Alexandre de Moraes, replicou entendimento da Excelsa Corte no sentido de que os governos estaduais, distrital e municipal, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, possuem competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19, tais como a imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras.

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que "a gravidade da emergência causada pela pandemia do novo coronavírus exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), eis que nesses momentos de crise o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os Três Poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público".

No que diz respeito ao direito fundamental da privacidade estampado no texto constitucional, é certo que a decisão da Suprema Corte relativa à publicação de obras biográficas já debatidas aqui, nos permite dizer que muito embora a garantia de proteção à privacidade não seja absoluto, não pode utilizar o pretexto de o país viver sob a égide dos efeitos da pandemia do Covid–19, e permitir que dados pessoais circulem entre repartições públicas sem o devido tratamento de proteção e segurança necessários, ainda mais em tempos de fraudes, clonagem de informações e crimes cibernéticos.

Por sua vez, as tecnologias construídas nesse interregno que focam o mapeamento das pessoas, através da disponibilização dos dados de equipamentos móveis dos usuários, não apresentaram evidências de que tais informações catalogadas, armazenadas, tratadas e repassadas aos Entes Públicos estão sendo protegidas eficientemente de qualquer hackeamento, vazamento ou utilização inadequada.

As legislações destacadas, tanto às de âmbito internacional quanto aquelas editadas pelos legisladores nacionais, apontam no sentido de imprimir maior segurança jurídica e processual, à luz de princípios constitucionais estabelecidos na Carta Cidadã de 1988, desde que sejam efetivamente consolidadas pelo Poder Executivo e não fique à mercê de Medidas Provisórias lançadas às vésperas de encerramento de 'vacatio legis' como se quisesse propositalmente não deixar que ela tenha seus efeitos concretizados.

É que há norma criada objetiva trazer maior transparência, segurança e proteção aos dados públicos e privados, mas que, em virtude de Medida Provisória, ela ainda não foi posta em prática, considerando–se a presunção de sua constitucionalidade, em virtude de que a norma ainda não foi experimentada na prática pelos magistrados.

Verificou–se também que o Conselho Nacional e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais e de Privacidade, de acordo com o que consta na legislação de regência, podem colaborar efetivamente no combate ao espalhamento do coronavírus, bem como outras pandemias e políticas públicas focadas no coletivo.

Por outro lado, o Poder Legislativo, mesmo diante das melhores das intenções de assegurar efetiva proteção da coletividade, não detém poder soberano que lhe possibilite, no campo de edição de normas que possuam presunção relativa de constitucionalidade, avançar demasiadamente sobre princípio constitucional fundamental inafastável, o qual está alicerçado em dispositivo mais amplo, cuja blindagem não pode ser suprimida e nem retirada do texto constitucional, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, construído na vanguarda dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito do Estado do Bem–Estar Social.

Até o presente momento, o direito fundamental à privacidade está sendo posto em teste, o Poder Judiciário tem disponibilizado respostas às questões que lhes foram apresentadas, tanto o Executivo quanto o Legislativo estão em busca de solução para o coronavírus, mesmo de maneira experimental de atuação, mas, por fim, é preciso avançar nesse debate para costurar solução paritária em que se possa mapear os usuários de sistema informatizado sem violar direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

Anti–plágio: http://plagiarisma.net/pt/. Data de acesso: 25/05/2020.

Anti–plágio: https://www.plagium.com/. Data de acesso: 25/05/2020.

Anti–plágio: https://plagiarismdetector.net/. Data de acesso: 25/05/2020.

AGÊNCIA BRASIL. Covid-19: iniciativas usam monitoramento e geram preocupações - Uma das metas é monitorar aglomerações, principalmente em capitais. Inserção: 12/04/2020. Link: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-iniciativas-usam-monitoramento-e-geram-preocupacoes. Data: 30/05/2020.

BBC. Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade? Inserção: 21/04/2020. Link: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879. Data: 07/05/2020.

BOAZ, Raul. Intimidade e Privacidade sob a ótica do Direito Brasileiro. Inserção: 04/2015. Link: https://jus.com.br/artigos/38335/intimidade-e-privacidade-sob-a-otica-do-direito-brasileiro#_ftn2. Acesso: 27/05/2020.

CAMARGO, Rodrigo Eduardo; WINIKES, Ralph. CONCEPÇÃO DE VIDA PRIVADA E DE INTIMIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. XXI CONPEDI. Link: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:btC45Vp2PesJ:www.publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D0da474fc8e382f9c+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d. Data: 27/05/2020.

CANALTECH. 4 maneiras de enganar sistemas de identificação facial. Inserção: 29/03/2018. Link: https://canaltech.com.br/seguranca/4-maneiras-de-enganar-sistemas-de-identificacao-facial-110868/. Data: 27/05/2020.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. Seqüência. (Florianópolis) nº. 76. Florianópolis May/Aug. 2017. Link: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p213. Data: 27/05/2020.

CONSUMIDOR MODERNO. Coronavírus e privacidade de dados médicos. Fonte: https://www.consumidormoderno.com.br/2020/03/24/coronavirus-privacidade-dados-medicos/. Data: 07/05/2020.

CORREIO BRASILIENSE. O mundo se mobiliza por uma vacina contra o Co-

vid-19, o novo coronavírus. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/03/01/interna_ciencia_saude,831265/mundo-se-mobiliza--por-uma-vacina-contra-o-covid-19-o-novo-coronavirus.shtml. Data: 25/05/2020.

DIEB, Daniel; GOMES, Helton Simões. Governo vai monitorar celular para controlar aglomeração na pandemia. Inserção: 02/04/2020. Atualização: 03/04/2020. Link: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/04/02/para-combater--a-covid-19-o-governo-federal-vai-monitorar-o-seu-celular.htm?cmpid=copiaecola.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 1, p. 77-90, 1992.

FOLHA DE SÃO PAULO DIGITAL. Covid-19: entenda por que nenhum país tem vacina contra o coronavírus. https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2020/03/26/covid-19-vacina-coronavirus/. Data: 25/05/2020.

FRAZÃO, Ana. A proteção de dados pessoais em tempos de pandemia: A MP 959 e o preocupante adiamento da entrada em vigor da LGPD. Link: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-protecao-de-dados-pessoais-em-tempos-de-pandemia-01052020. Data: 28.05.2020.

HSM. Vigilância por reconhecimento facial: as vantagens e desvantagens para a segurança pública. Inserção: 21/05/2019. Link: https://www.hsm.com.br/vigilancia-por-reconhecimento-facial-as-vantagens-e-desvantagens-para-a-seguranca-publica/. Data: 27/05/2020.

INFOMONEY. TIM fecha parceria com Prefeitura do Rio para rastrear movimento e combater o vírus. Link: https://www.infomoney.com.br/economia/tim-fecha-parceria-com-prefeitura-do-rio-para-rastrear-movimento-e-combater-virus/. Data 31/05/2020.

LOPES, Núria; KAC, Fernanda. Revista Eletrônica Jota. Proteção de dados na área da saúde - Harmonização da LGPD frente às normas setoriais. Link: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protecao-de-dados-na-area-da-saude-06012020. Inserção: 06/01/2020. Data 26/05/2020.

MIGALHAS. Pandemia do novo coronavírus e a lei geral de proteção de dados. Fonte: https://www.migalhas.com.br/depeso/324507/pandemia-do-novo-coronavirus-a-luz-da-lei-geral-de-protecao-de-dados. Data: 07/05/2020.

MILAGRE, Marcos José. Intimidade, vida privada, sigilo bancário e dever de fiscalização - Ponderação de interesses na Constituição Federal. Inserção: 22/08/2007. Link: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3669/Intimidade-vida-privada--sigilo-bancario-e-dever-de-fiscalizacao-Ponderacao-de-interesses-na-Constituicao-Federal. Data: 27/05/2020.

MORAIS, Luciano Pires. Informação versus privacidade: quando direitos fundamentais entram em rota de colisão. Inserção: 07/2017. Link: https://jus.com.br/artigos/59075/informacao-versus-privacidade-quando-direitos-fundamentais-entram-em--rota-de-colisao. Data: 27/05/2020.

NEXO. Onde o reconhecimento facial foi banido nos EUA e situação no Brasil. Inserção: 26/07/2019. Link: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/07/26/Onde-o-reconhecimento-facial-foi-banido-nos-EUA.-E-a-situa%C3%A7%C3%A3o--no-Brasil. Data: 27/05/2020.

ONU. Isolamento social provocado pelo Coronavirus lança luz sobre gestão de dados e privacidade. Fonte: https://nacoesunidas.org/isolamento-provocado-pelo-coronavirus-lanca-luz-sobre-gestao-de-dados-e-privacidade-online/. Data: 07/05/2020.

OPAS. Folha informativa – COVID–19. Inserção: 26/05/2020. Link: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Data: 27/05/2020.

PAIANO, Daniela Braga. Direito à intimidade e à vida privada. Link: http://www.diritto.it/archivio/1/21084.pdf. Inserção: 2003. Data: 27/05/2020.

PLANALTO. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Data: 26/05/2020.

REVISTA GALILEU. Qual a diferença entre distanciamento, isolamento, quarentena e lockdown. Link: https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/05/qual-e-diferenca-entre-distanciamento-isolamento-quarentena-e-lockdown.html. Inserção: 07/05/2020. Data: 30/05/2020.

RIBEIRO, Amarolina. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Link: https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm. Data: 26/05/2020.

TUCCI, Rogério Lauria. Busca e apreensão (Direito processual penal). In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. [orgs.]. Doutrinas

essenciais de processo penal. Vol. III. Revista dos Tribunais, 2012.

UFRGS. TELESSAÚDERS. Qual a diferença de distanciamento social, isolamento e quarentena? Link: https://www.ufrgs.br/telessauders/posts_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/. Data: 30/05/2020.

NEDER, Vinícios. UOL ECONOMIA. IBGE fecha parceria com Saúde para monitorar covid-19 com Pnad Contínua. Link: https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/02/ibge-fecha-parceria-com-saude-para-monitorar-covid-19-com-pnad-continua.htm?cmpid=copiaecola. Data: 30/05/2020.

VILALVA, Muriel Ângelo Rodrigues. O direito à privacidade no mundo virtual: Direito fundamental à privacidade. Inserção: 19/05/2017. Link: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50131/o-direito-a-privacidade-no-mundo-virtual-direito-fundamental-a-privacidade. Data: 27/05/2020.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Link: http://repositorio.unb.br/handle/10482/3358, 2007. Data: 27/05/2020.

SCHREIBER, Mariana. Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade? https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879.

O TRABALHO DAS PESSOAS TRANSGÊNERO E AS SUAS PECULIARIDADES

The work of transgender persons and their peculiarities

LUCIANO MARTINEZ[1]

Áreas do Direito

Direito do Trabalho; Direito Previdenciário; Direitos Humanos.

Resumo

O artigo analisa delicadas problemáticas relacionadas à discriminação, à estigmatização e à exclusão da transgeneridade no ambiente de trabalho e, para além disso, oferece soluções aptas a resolver os mais importantes conflitos laborais, todas elas baseadas na "cultura do respeito "e na valorização da dignidade e da humanidade de cada pessoa. O texto cuida de temas sensíveis como os que dizem respeito ao desafio da superação das entrevistas de emprego, à inexistência de políticas públicas de reserva de vagas, ao direito de uso do nome social no trabalho, à proibição corporativa do uso de roupas culturalmente desalinhadas com o sexo de nascença, ao uso de sanitários dentro do ambiente de trabalho, aos limites da força muscular e, no plano previdenciário, à aplicação dos critérios diferenciados de idade e de tempo de contribuição em benefício da pessoa transgênero.

Palavras-chave

Pessoa transgênero; identidade de gênero; cultura do respeito; direitos humanos; direito do trabalho.

1 Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP. Pós-Doutor em Direito pela PUCRS. Professor Associado I (Doutor) de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UFBA. Titular da Cadeira n. 52 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira n. 26 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região. E-mail: lucianomartinez.ba@gmail.com | Instagram:@lucianomartinez10

Abstract

The article analyzes delicate problems related to discrimination, stigmatization and exclusion of transgender people in the workplace and, furthermore, offers solutions capable of solving the most important labor conflicts, all of them based on the culture of respect and on the valorization of dignity and humanity of each person. The text deals with sensitive issues such as the challenge of overcoming job interviews, the inexistence of public policies to reserve vacancies, the right to use the social name at work, the corporate prohibition of wearing clothes culturally out of line with one's sex at birth, the use of restrooms in the workplace, the limits of muscular strength, and, in the social security plan, the application of different age and contribution time criteria in benefit of the transgender person.

Keywords

Transgender person; gender identity; culture of respect; human rights; labor law

1. Introdução: sexo, gênero e sexualidade

Apesar da existência de alguns posicionamentos sensíveis à igualdade de tratamento e à não discriminação em matéria de orientação sexual e identidade de gênero[2], persistem, na vida real, violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização, preconceito e discursos de ódio contra quem diverge da suposta "normalidade", levando muitas pessoas a reprimirem sua identidade e a terem suas vidas marcadas por medo e invisibilidade.

A despeito de simbolicamente existir um plexo de medidas nacionais e estrangeiras que tenta repelir essas condutas[3], há muito a evoluir na contenção da formação dos

---

2 *Cabe aqui um registro especial aos* **princípios enunciados pela REUNIÃO INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS em legislação internacional de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero,** ***evento realizado na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006. O evento contou com a presença de vinte e nove eminentes especialistas de vinte e cinco países com experiências diversas e relevantes conhecimentos em matéria de direitos humanos. Eles discutiram, deliberaram e adotaram, por unanimidade, em um documento único aquilo que se convencionou chamar de*** *"Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero".* ***Para saber mais:, consulte-se:***
REUNIÃO INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO. *Princípios de Yogyakarta.* ***Yogyakarta, Indonésia: Universidade Gadjah Mada, 2006. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> Consultado em 30-08-2021.***

3 ***Apenas a titulo ilustrativo, sem a pretensão de exaustão, citam-se:***
O Decreto nº 8.727/16 prevê que as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, sendo vedado o

estereótipos e na busca da aceitação social das pessoas LGBTIQ+ (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, intersexuais, queer e outros mais).

Para bem entender a problemática no âmbito das relações de trabalho e para que o estudo distinga claramente os sujeitos aqui analisados, é importante, de início, distinguir **sexo, gênero e sexualidade**.

O "sexo" diz respeito ao conjunto das características que diferenciam, numa espécie, os machos e as fêmeas e que lhes permitem reproduzir-se. Assim, o sexo está relacionado às particularidades anatômicas e biológicas que conduzem à certificação de alguém como homem, mulher ou intersexo[4]. **O sexo é, portanto, um atributo biológico.**

O "gênero", por outro lado, designa a construção psicológica, cultural e social do sexo biológico. O gênero está associado à forma como uma pessoa se percebe e também como ela quer ser vista pela sociedade. Extrai-se do gênero uma experiência subjetiva de alguém a respeito de si mesmo e das suas relações com outros gêneros. **O gênero é, por isso, uma questão sociocultural; um assunto de pertencimento social e cultural.**

Nesse sentido, a pessoa transgênero é aquela cuja identidade de gênero é oposta ao sexo de nascença. O transgênero tem um sexo, mas se identifica com o sexo oposto e espera ser reconhecido e aceito como tal. Nesse sentido, será transgênero a pessoa que, por exemplo, nasce biologicamente homem, mas não se identifica assim, seja por perceber-se como mulher ou por colocar-se entre o masculino e o feminino, vendo-se, consequentemente, como um ser "não-binário".

Apesar do sexo biológico designado no seu nascimento, o transgênero sente-se psiquicamente, culturalmente e socialmente integrante de gênero diverso, exigindo, por isso, o reconhecimento dessa identidade[5], independentemente de sua orientação sexual

---

uso de expressões pejorativas e discriminatórias.
O STF, no julgamento da ADI nº 4.275, reconheceu o direito às pessoas trans de, independentemente de autorização judicial, alterar o nome e o gênero no registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico. O CNJ editou o Provimento nº 73/2018 regulamentando o procedimento a ser adotado para essa alteração.
A Organização Mundial da Saúde retirou a transexualidade da lista de doenças na nova versão da Classificação Internacional de Doenças, a CID-11.
A Resolução do Parlamento Europeu, de 11 de março de 2021, sobre a proclamação da União Europeia como zona de liberdade para as pessoas LGBTIQ (2021/2557(RSP).

4 Intersexo é a pessoa que naturalmente desenvolve características sexuais que não se encaixam nas noções típicas de sexo feminino ou sexo masculino, e que não se desenvolve completamente mulher ou homem, ou que desenvolve naturalmente uma combinação feminina e masculina.

5 No preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta vê-se um conceito para a "identidade de gênero". Diz-se ali ser ela uma "experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha,

(homossexual, bissexual, heterossexual etc.) e a despeito de cogitar ou de desejar a realização de cirurgia de redesignação sexual[6].

Anote-se, de forma completiva, que a pessoa que se identifica com o gênero biológico é referida pelo termo "cisgênero". Assim, a cisgeneridade (o prefixo cis- sugere algo "ao lado", "na mesma linha", "alinhado") é, portanto, a condição da pessoa cuja identidade de gênero corresponde ao que lhe foi atribuído no nascimento. Diversamente, como já demonstrado, a transgeneridade (o prefixo trans- sugere algo "além de", "fora da mesma linha", "desalinhado") é a condição da pessoa cuja identidade de gênero diverge daquele que lhe foi imputado, por evidências, biológicas, no nascimento. Nela há uma discussão interna entre duas realidades, a morfológica, de nascença, e a psíquica, de identidade.

A "sexualidade", por sua vez, como terceiro elemento central da discussão, "abrange sexo, identidades e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, in-

---

modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos".
Ver também sobre a questão da "identidade de gênero": JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre Identidade de Gênero: Conceitos e Termos.* ***Disponível em <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf> . Consultado em 23-08-2021.***

6 **Prefere-se aqui, sempre, o uso da palavra "transgênero"** ***pela sua capacidade de ser um conceito "guarda-chuva", capaz de abarcar muitas espécies. O psiquiatra John F. Oliven da Universidade de Columbia cunhou o termo transgênero em 1965, na obra*** *Sexual Hygiene and Pathology****, escrevendo que o termo que sempre se utilizou antes, transexual, seria equivocado, porque a questão está no domínio da identidade de gênero, e não no âmbito biológico, do sexo. A despeito disso, é ainda muito comum o uso da espécie*** **transexual** ***como sinônimo de transgênero, que, como se viu, não é. Como bem ressaltado no site "Mundo Psicológos", a transexualidade é apontada como uma "radicalização" da transgeneridade. O sentimento de não pertencer ao gênero biológico é tão intenso que há um rechaço por tudo aquilo que é característica do seu sexo de nascimento. Por isso, "o transexual é aquele que deseja alterar sua constituição biológica e fazer a mudança de sexo, sendo a cirurgia a única forma de se sentirem totalmente identificados e correspondidos na identidade de gênero que sentem pertencer, mas que não foi biologicamente atribuída". Ver em MUNDO PSICOLOGOS, 2021.*** *Há diferenças entre transgêneros, travestis e transexuais?* ***Disponível em: <https://br.mundopsicologos.com/artigos/ha-diferencas-entre-transgeneros-travestis-e-transexuais >. Acesso em: 23-08-2021***
Igualmente esclarecedora é a lição de Maria Berenice Dias que, cuidadosamente, afirma: "o transexual sente-se como se tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. O transexual se considera pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar". Já com o travesti – igualmente transgênero, mas integrante de uma espécie com características diversas – acontece diferente segundo a perspectiva da mesma autora: "travestis são pessoas que, independente da orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, mas se vestem, assumem e se identificam como do gênero oposto. Não sentem repulsa por sua genitália, como ocorre com os transexuais. Por isso não perseguem a redesignação cirúrgica dos órgãos sexuais, até porque encontram gratificação sexual com o seu sexo". DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI.* ***6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43 e 269.***

timidade e reprodução"[7]. A sexualidade é a qualidade daquilo que se vivencia no âmbito sexual, podendo ser expressa em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Embora ela possa incluir todas essas dimensões, nem todas são vivenciadas ou expressadas, porque influenciadas pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais. É no âmbito da sexualidade que uma pessoa, levada por sua **própria orientação**[8], pode se identificar como homossexual (lésbica ou gay), bissexual, pansexual ou assexual. **A sexualidade, portanto, é uma questão afetiva**.

Nesse ponto, é importante ressaltar que o "gênero" e a "sexualidade" (e, em especial, a orientação sexual) podem se comunicar, mas um aspecto não necessariamente depende ou decorre do outro. "Pessoas transgênero são como as cisgênero, podem ter qualquer orientação sexual: nem todo mundo é cisgênero e/ou heterossexual"[9].

Sintetizando o tópico, conforme sabiamente esclarece Letícia Lanz, "podemos descrever sexo como aquilo que a pessoa traz entre as pernas; gênero como aquilo que traz entre as orelhas e orientação sexual como quem ela gosta de ter entre os braços"[10].

2 A diversidade de sexo, gênero e sexualidade e as consequências desses encontros no ambiente laboral

Nos cenários de convivência humana, sabe-se que **o ambiente de trabalho é um dos mais difíceis espaços de aceitação social das desigualdades**, pois as pessoas que ali convivem são impositivamente (por atos de coordenação ou subordinação) levadas ao inter-relacionamento e, em decorrência dessa inter-relação, aos possíveis atritos.

Entre todos os cenários que dizem respeito à diversidade sexual e às suas mani-

---

7 ***WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021.*** *Sexual and Reproductive Health and Research (SRH).* ***Disponível em: < https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research/key-areas-of-work/sexual-health/defining-sexual-health>. Acesso em: 23-08-2021.***

8 ***No preâmbulo dos Princípios de Yogyakarta vê-se um conceito para a "orientação sexual". Diz-se ali ser ela a "capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas".***

9 ***JESUS, Jaqueline Gomes de. Idem ibdem.***

10 ***Ver: LANZ, Letícia.*** *O Corpo da roupa: a pessoa transgênero entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero.* ***2014. Disponível em: < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 23-08-2021.***

festações na seara trabalhista, porém, aquele que mais incidentes produz é, sem dúvida, o que diz respeito às transgeneridades, sendo essa a razão em decorrência da qual se escreve esse especial texto.

O transgênero é, sem dúvidas, mais suscetível ao assombro dos colegas mal informados ou preconceituosos, haja vista as constatações visuais que o levam a não se apresentar culturalmente nem socialmente em conformidade com o seu gênero biológico. As pessoas transgênero são, por isso, estigmatizadas e tal ocorre pela crença de que "natural" é ter (e manter) o gênero atribuído por ocasião nascimento. Exatamente por isso, e em decorrência dos muitos sobressaltos culturais, o espaço reservado aos homens trans e às mulheres trans é, em regra, o da extrema segregação e preconceito.

3. A cultura do respeito e a adaptação razoável

Estudiosos de todos os tempos, ao refletirem sobre as características sociais, têm, conforme bem disse Giacomo Sani[11], oferecido destaque às crenças, ideais, normas e tradições que dão um peculiar colorido e significação à vida política em determinados contextos. A essas evidências dá-se o nome de "cultura política", que, em verdade, nada mais é do que um conjunto de percepções cognitivas, afetivas e valorativas que – como o próprio nome sugere – são cultivadas pela sociedade e que produzem uma sensação de impositiva adesão por conta de tendências e juízos positivos de uma maioria qualificada.

Assim, quando se fala de "cultura do respeito" refere-se aqui a um sentimento social crescente de tratar o outro como a si mesmo, de dar-lhe a atenção que se espera receber diante de eventual diferença, particularidade ou característica peculiar. A cultura do respeito envolve, portanto, não apenas dar respeito, mas também exigir respeito, difundir o respeito e entender natural que assim todos ajam.

Diante da diversidade é que se mede o respeito e é em virtude dele que se operam as necessárias adaptações para tornar a sociedade receptiva a todos, independentemente das suas diferenças e a despeito de todas as formas de opressão e de dominação social. Nesse sentido, e com apoio nas palavras de Wallace Corbo, é justamente diante da opressão e da dominação social que deve emergir a adaptação razoável, "uma válvula de escape, gerando uma exceção à regra geral com o objetivo de adequar a realidade ou procedimentos incidentalmente discriminatórios, para que se promova a inclusão e o respeito à diferença historicamente negados a estes grupos"[12].

11 SANI, Giacomo. **Cultura Política.** *Dicionário de Política. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998, p. 306-307.*

12 CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. In: **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ -** *Rio de Ja-*

Tudo o que se analisará neste texto é marcado pela lógica dessa referida adaptação razoável, que, mais uma vez lastreado no citado texto de Wallace Corbo, pode ser exigida de imediato, inclusive judicialmente e independentemente atuação legislativa prévia; tanto em face do Poder Público, quanto em face de particulares cujas medidas, atos ou normas produzam efeitos discriminatórios contra minorias. Entretanto, por conta da razoabilidade que a orienta, essas adaptações dependerão por vezes, como se verá, de concessões entre as partes conflitantes.

4. O trabalho das pessoas transgênero e o direito do trabalho.

O décimo segundo princípio enunciado pela reunião internacional de especialistas de Yogyakarta (2006) sustenta que "toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero". Esses são, portanto, os objetivos que devem ser buscados nos ambientes de trabalho.

Para bem entender essas discussões, foram selecionados alguns temas sensíveis que envolvem a vida laboral das pessoas transgênero, entre os quais o que diz respeito "ao desafio da superação das entrevistas de emprego" e, por conta das dificuldades de ingresso, "a inexistência de uma política pública de reserva de vagas".

Superados os problemas de ingresso no emprego, serão analisados os obstáculos que dizem respeito ao "direito ao uso do nome social no trabalho" e, logo em seguida "o ***dress code*** e a proibição corporativa do uso de roupas culturalmente desalinhadas com o sexo de nascença", "o uso de sanitários dentro do ambiente de trabalho" e "o limite da força muscular". Na esfera previdenciária terá espaço a discussão sobre "a aposentadoria, os critérios diferenciados de idade e de tempo de contribuição e a sua aplicação à pessoa transgênero". Vejam-se os detalhes:

4.1 O desafio da superação das entrevistas de emprego.

Os muitos relatos das dificuldades das pessoas trans nos ambientes de trabalho denunciam que as dificuldades de conquista do emprego começam realmente na entrevista. Quando não dispensadas imediatamente, depois das primeiras evidências do entrevistador, as pessoas transgênero recebem justificativas abstratas como, por exemplo,

a de que elas não se enquadram no perfil da empresa ou de que, simplesmente, outro foi aprovado para a vaga existente.

Nunca será demasiada a lembrança de que, **existentes razões plausíveis para identificar a discriminação de gênero no processo de entrevista**, a pessoa preterida por conta da sua transgeneridade poderá demandar reparação por danos ao seu patrimônio imaterial, especialmente por violação ao direito à própria identidade[13].

4.2 A inexistência de uma política pública de reserva de vagas.

Ao contrário do que ocorre em favor das pessoas com deficiência em todas as esferas de contratação (vide art. 93 da Lei 8.213/91) ou com as cotas étnico-raciais no âmbito estatal, não há nenhuma norma que oriente ações afirmativas dirigidas às pessoas trans. Como se sabe, as ações afirmativas partem do pressuposto de que, independentemente da vontade de alguns, há de haver espaço reservado para aqueles que historicamente sofreram discriminação como uma forma de estabelecer um convívio que dificilmente existiria sem o fomento estatal.

Há, entretanto, pelo menos três projetos que tramitam no Parlamento, cuidando de questões relacionadas à diversidade sexual no trabalho.

O primeiro é o PL n. 5593/2020, de autoria do Dep. Denis Bezerra (PSB/CE), que visa alterar a CLT para reservar pelo menos 50% das vagas destinadas aos aprendizes para a contratação alternada de negros, mulheres e LGBTQI+.

O segundo, o PL 144/21, do Dep. Alexandre Padilha (PT-SP), que impõe às empresas que gozam de incentivos fiscais, que participem de licitação ou que mantenham contrato ou convênio com o Poder Público Federal, desde que tenham mais de 100 (cem) empregados, o dever de contratar pessoas autodeclaradas transgênero na proporção de, no mínimo, 3% (três por cento) do total de seus empregados, observada a mesma reserva de vagas ao número de estagios e trainners, caso existam na empresa.

O terceiro, o PL 2345/2021, da Dep. Natália Bonavides, institui a Política Nacional de Emprego e Renda para a População Trans – TransCidadania com várias políticas públicas de proteção e acolhimento às pessoas transgênero.

13 ***O site Direito News (***https://www.direitonews.com.br/2020/01/mulher-emprego-negado--trans-indenizacao-direito.html - Acesso em 03-09-2021***) noticiou que loja varejista da Irlanda do Norte foi condenada a pagar indenização por danos morais a uma mulher trans que deixou de ser contratada apenas por não ter o gênero correspondente ao seu sexo biológico. Na situação, a empresa motivou a sua decisão em um e-mail no qual, sem recatos (o que facilitou a prova), informou que não a contratou justamente por ser ela uma mulher trans.***

4.3 O direito ao uso do nome social no trabalho: da ficha de registro ao crachá funcional.

Em trecho de clássica peça teatral, Julieta revela toda a sua angústia ao perceber que o obstáculo para o seu romance com Romeu residia unicamente nos nomes de família que eles levavam consigo[14]. A inimizade histórica entre duas tradicionais casas veronenses, de onde provinham os apaixonados, tornava impossível a formação de vínculos entre Montecchi e Capuleti. Os nomes de família que os acompanhavam, ainda que materialmente não impedissem as suas aproximações, **ainda que fossem apenas nomes**, eram formalmente a razão de ser dos seus distanciamentos.

A mencionada tragédia romântica, que é normalmente invocada quando se pretende discutir a importância das nominações, revela que um nome traz em si muito mais do que um punhado de letras.

O "nome" é o primeiro fator de identificação. Ele tem a função de tornar exata a noção de quem é por ele invocado, de modo a não se permitir a transmissão equivocada. O nome, como um importante designador, especialmente quando adequado às circunstâncias, tem realmente o condão de facilitar a compreensão dos significados.

Pois bem. A situação das pessoas transgênero revela, em toda a sua dimensão, a importância e a relevância do "nome", haja vista a dificuldade de ter e de ser mantida uma identidade sem a correspondência nominal.

Iniciou-se, assim, um processo de acomodação razoável para evitar maiores estranhamentos e esse processo teve um importante passo com a difusão do uso do chamado "nome social", ou seja, da **designação oficiosa[15] por meio da qual uma pessoa se identifica e é socialmente reconhecida**.

Mas o "nome social", enquanto designação oficiosa, nem sempre resolve o problema da identidade de gênero; pelo contrário, por vezes até o agrava.

Como a invocação do nome social (oficioso) não produz uma mudança do nome civil (oficial), haverá situações em que os dois nomes – o civil e o social – aparecerão lado a lado[16], aumentando, assim, ainda mais o grau de constrangimento de quem resolveu por meio dele se identificar. De todo modo, *resguardada a citada correlação de nomes que*

14 Meu inimigo é apenas o teu nome. Continuarias sendo o que és, se acaso Montecchio tu não fosses. Que é Montecchio? Não será mão, nem pé, nem braço ou rosto, nem parte alguma que pertença ao corpo. Sê outro nome. Que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob outra designação teria igual perfume...

15 Entende-se por designação "oficiosa" aquela que não é oficial, mas é apoiada em fontes oficiais.

16 Veja-se, nesse sentido, o art. 4º do Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016, segundo o qual "constará nos documentos oficiais o nome social da pessoa travesti ou transexual, se requerido expressamente pelo interessado, acompanhado do nome civil".

apenas deve ocorrer dentro de documentos oficiais de identificação, admite-se **somente o uso do nome social** em crachás funcionais, cartões de ponto, fichas de registro e comunicações internas nas quais o nome do empregado precise ser referido.

E se a pessoa transgênero quiser realmente mudar o seu nome civil, ela poderá fazê-lo?

Sim. Depois da decisão tomada pelo STF nos autos da ADI 4275-DF, no Plenário de 01 de março de 2018, a pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por auto-identificação firmada em declaração escrita desta sua vontade, **dispõe, sim, do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros**, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Anote-se que a posição do STF seguiu a lógica de decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Parecer Consultivo OC-24/17, de 24 de novembro de 2017)[17], que recomendou um processo de reconhecimento da identidade de gênero que não imponha aos solicitantes o cumprimento de requisitos abusivos, tais como, apresentação de certidões médicas ou estado civil de não casados, tampouco se deve submeter os solicitantes a perícias médicas ou psicológicas relacionadas com sua identidade de gênero autopercebida, ou outros requisitos que desvirtuem o princípio segundo o qual a identidade de gênero não se prova.

Merece igual registro, a decisão tomada pelo STF no Recurso Extraordinário 670.422 RS, no Plenário de 15 de agosto de 2018. Ali, de forma completiva ao disposto na ADI 4275-DF, assentaram-se as seguintes teses de repercussão geral:

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo 'transexual'.

iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de

17 Pela sua qualidade, recomenda-se a leitura integral da referida decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf***>. Acesso em 04-09-2021.***

ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Observe-se, por fim, que para alterar nome e gênero na certidão de nascimento, a norma a ser seguida é o Provimento nº 73 do CNJ, que, na linha do que se antedisse, admite o processamento **diretamente no cartório** de Registro Civil das Pessoas Naturais, sem necessidade de instauração de processo judicial para este fim.

4.4 O *dress code* e o respeito à trasngeneralidade

Os empregadores têm o direito de criar diretrizes de vestuário e de aparência dos empregados durante o tempo em que estejam em serviço efetivo, desde que elas sejam adequadas, razoáveis, não constrangedoras e em conformidade com alguma finalidade legítima, entre as quais a de atender as exigências técnicas em matéria de saúde e segurança do trabalho, com a de uso de sapatos especiais, overalls, capacetes e luvas, e a de permitir a visibilidade e o fácil reconhecimento ao público, como a exigível de seguranças patrimoniais.

No que diz respeito à adequação e à razoabilidade, a regra mais importante de qualquer ***dress code*** é não constranger, seja evitando trajes que produzam estereótipos de gênero, seja, diante da impossibilidade da primeira atuação, não impedindo que cada empregado use aquele traje que pareça mais adequado à sua autopercebida identidade de gênero.[18]

4.5 O uso de sanitários e vestiários dentro do ambiente de trabalho

Observada a lógica do direito fundamental à identidade de gênero, não há como impor à pessoa trans, salvo mediante dano ao seu patrimônio imaterial, o uso de sanitário e vestiário diverso do gênero com o qual ela se identifica.

O argumento segundo o qual o direito de coletividade cisgênero deve prevalecer sobre o direito individual da pessoa transgênero é equivocado e, não fosse apenas isso, acirra a discriminação com a qual ninguém pode compactuar.

---

18 ***Em relação a esse tema, leia-se o artigo de MOMM, Márcia Assumpção Lima e BARACAT, Eduardo Milléo.*** *Código de vestimenta e aparência no trabalho: limites do poder de direção do empregador em relação ao gênero.* ***Revista do TST, São Paulo, vol. 87, n. 2, abr/jun 2021. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/190038/2021_momm_marcia_codigo_vestimenta.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 05-09-2021.***

É sempre bom lembrar que a pessoa trans, como já se disse, não opta por ter identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, tampouco o faz em caráter transitório como o de quem muda de posição mediante uma chave seletora ON/OFF. Obviamente, não. Por isso, exatamente por isso, cabe à sociedade respeitar a individualidade das pessoas (cis- ou trans-) e os aspectos essenciais de sua personalidade, sem lhes infligir limitações além daquelas impostas indistintamente a todos e todas.

Caso o empregador enfrente a resistência dos empregados cisgênero, caber-lhe-á, como bem disse Danilo Gaspar[19], criar e aplicar uma política de conscientização que se garanta um meio ambiente de trabalho livre de qualquer conduta discriminatória. Essa política de conscientização, aliás, deverá ser produzida e difundida antes mesmo de surgir o primeiro conflito que a determine, mas, se tal ocorrer, solução haverá de dar-se o mais brevemente possível com o foco no respeito à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar.

Nesse sentido, será cabível pretensão de pagamento de indenização por dano moral dirigida contra empregador que constranja ou que permita que seja constrangida pessoa transgênero a utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, por identificação psicossocial, porque ato violador da dignidade da pessoa humana e da identidade de gênero enquanto direito da personalidade.

Observe-se que o tema aqui em análise é objeto do Recurso Extraordinário 845.779 de Santa Catarina, que foi admitido com repercussão geral, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em trâmite desde 13 de novembro de 2014.

4.6 O limite da força muscular e a sua aplicação à pessoa transgênero. A fruição dointervalo previsto no art. 384 da CLT até a vigência da Lei n. 13.467, de 2017.

Em matéria de prevenção da fadiga, há previsão no art. 198 da CLT no sentido de que "é de 60 kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher".

As referidas disposições especiais informam, por outro lado, no art. 390 da CLT, que "ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego

---

19 ***GASPAR, Danilo Gonçalves.*** *A utilização de banheiros por empregados(as) transexuais.* ***Disponível em*** <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-utilizacao-de-banheiros-por-empregadosas-transexuais> ***Acesso em 04-09-2021.***

de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho continuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional".

Questiona-se, então: como aplicar essas disposições em relação aos trabalhadores transgênero?

A solução aqui parece ser simples no que diz respeito à determinação da norma que há de ser aplicada, embora complexa, em algumas situações, no tocante às justificativas que podem ser exigidas por outros trabalhadores diante da evidência de um tratamento diferenciado.

Note-se, antes de iniciar a análise propriamente dita, que os referidos textos normativos foram elaborados segundo critérios de natureza anatômica e biológica, pois, à época em que foram elaborados, não existia estudo e discussão relacionados à transgeneridade. Assim, as normas colocadas em apreciação referem-se às proteções dirigidas às pessoas em virtude do seu sexo, enquanto atributo biológico.

Dessa forma, deve-se aplicar a regra contida no artigo 390 da CLT ao homem trans, uma vez que, a despeito de ter identidade de gênero masculina, ele é, sob o ponto de vista anatômico e biológico, uma mulher. A imposição ao homem trans da carga prevista no art. 198 da CLT soaria muito mais como uma punição por ter manifestado identidade transgênero do que uma forma de reafirmação de sua masculinidade.

Se os demais colegas de trabalho vierem a questionar esse tratamento jurídico diferenciado, a justificativa patronal deve ser, *sem exposição da transgeneridade do empregado envolvido*, atribuída a uma decisão de saúde do trabalho. Cabe salientar que aquele específico trabalhador, com vista à preservação de sua saúde ocupacional, não pode ser envolvido em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho continuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. Entretanto, caso nem mesmo o empregador saiba da transgeneridade do empregado, caberá a este solicitar ao serviço médico a declaração de sua inaptidão para serviços superiores aos limites contidos no citado art. 390 da CLT.

A situação inversa é até de mais fácil solução, uma vez que, a despeito da maior aptidão para a carga em decorrência de biologicamente ser do sexo masculino, a mulher trans deve merecer o mesmo tratamento dado ao gênero com o qual ela se identifica. No mesmo sentido manifesta-se Brena Késsia Bomfim, para quem "a identificação de gênero está muito mais atrelada ao papel social exercido pelo cidadão em sociedade, do que pelo sistema reprodutor com que este nasceu. Assim, a trabalhadora transexual, ao optar por sua condição de gênero, deve ter garantida a aplicação das normas do mercado da mulher às suas relações laborais"[20]

---

20 ***BOMFIM, Brena Késsia Simplício do. A questão de gênero, o trabalho dos transexuais fe-***

Este tópico é finalizado com o enfrentamento da questão que envolve a aplicabilidade do art. 384 da CLT em favor das mulheres trans, haja vista o posicionamento do STF, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 658.312, com repercussão geral reconhecida, no sentido de que o referido artigo foi, sim, recepcionado pela Constituição da República e que deveria ser aplicado **unicamente** às mulheres. No voto do relator, Dias Toffoli, admitiu-se a possibilidade de tratamento diferenciado, levando em conta a "histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho"; a existência de "um componente orgânico, biológico, inclusive pela menor resistência física da mulher"; e um componente social, pelo fato de ser comum a chamada dupla jornada — o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no trabalho — "que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

Mas, e os homens trans? Apesar de biologicamente mulheres, eles têm uma identidade social e psíquica de homem. Em face disso, eles merecem a aplicabilidade do referido art. 384 da CLT?

A resposta, na linha do que se sustentou em relação à prevenção da fadiga, é afirmativa. O homem trans é, sob o ponto de vista anatômico e biológico, uma mulher. A proteção contida no art. 384 da CLT visa ao biológico, e não à identidade da pessoa com um determinado gênero[21].

E o contrário? Uma mulher trans também seria destinatária, no período em que vigeu o art. 384 da CLT, do intervalo ali previsto?

Sim, essa proteção lhe seria devida, mas por fundamento diverso. Aqui vicejará, tal qual se disse em relação à prevenção da fadiga, o respeito aos direitos outorgados às mulheres, pois, pela teoria da aparência, não se pode dar tratamento diferenciado às mulheres cisgênero e às mulheres transgênero, ainda que não se tenha realizado a retificação do registro civil nos termos do já referido Provimento nº 73 do CNJ.

O assunto, entretanto, romperá os limites da teoria da aparência quando, em rigor, uma pessoa biologicamente do sexo masculino vier a assumir a identidade de gênero feminino mediante a retificação do seu registro civil. A partir deste instante não mais se estará a falar de um homem, mas de uma mulher para todos os fins de direito.

---

mininos e a repercussão nas garantias trabalhistas voltadas à proteção do trabalho da mulher. Disponível em < http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c0ffb7232b77166 ***> Acesso em 05-09-2021.***

21 Nesse sentido, merece registro a decisão do TRT da 15ª Região, de 06 de setembro de 2021, nos autos do processo 0011260-71.2017.5.15.0152. A relatora do acórdão, desembargadora Maria da Graça Bonança Barbosa, afirmou que o art. 384 da CLT, vigente à época do contrato, se lhe deveria aplicar. Para ela, conquanto a parte autora tivesse se identificado como homem, o seu organismo é feminino e merecedor de proteção.

5. A aposentadoria, os critérios diferenciados de idade e de tempo de contribuição e a sua aplicação à pessoa transgênero.

Mais um tema sensível em relação às pessoas transgênero diz respeito às regras de aposentadoria, uma vez que mantidas no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo depois da Emenda Constitucional n. 103, de 2019, as diferenças de tratamento entre homens e mulheres.

Para bem compreender a solução que se pode dar à questão, cabe inicialmente anotar que não há no ora vigente sistema normativo nenhuma disposição que trate da aposentadoria das pessoas trans. Em verdade, sequer há necessidade de cogitar esse regramento, pois ele seria discriminatório e imporia aos envolvidos a revelação da sua trangeneralidade.

A problemática, por outro lado, somente tem razão de existir em face das pessoas trans que efetivamente, segundo as regras de direito contidas no Provimento n. 73 do CNJ, realizaram modificação no seu registro civil, não apenas dos seus nomes, mas, em especial, da referência ao seu gênero.

Somente essas pessoas podem pretender o ingresso nas regras previdenciárias do gênero oposto, ficando fora desse espectro as pessoas trans que, apesar de envolvidas na discussão interna entre as suas esferas morfológica e psíquica, não modificaram os seus registros civis.

Uma vez modificado o registro civil, os efeitos desse ato jurídico são ex tunc, retroagindo ao instante dos seus nascimentos, ressalvados apenas os atos jurídicos perfeitos e acabados.

Dessa forma, se uma pessoa trans modifica, em seu registro civil, o gênero de masculino para feminino, ela passa a ser mulher para todos os efeitos jurídicos, inclusive para fins de aplicação das regras diferenciadas de aposentadoria, ainda que ela tenha vertido no passado contribuições previdenciárias como homem, ainda que isso tenha ocorrido na maior parte do tempo de sua vida laboral.

O contrário também ocorrerá. Se uma pessoa trans modifica, em seu registro civil, o gênero de feminino para masculino, ela passa a ser homem para todos os efeitos jurídicos, inclusive no tocante às regras de aposentadoria, que, no particular, não lhe serão as mais vantajosas. O homem trans, na medida em que ele assume o gênero masculino, e a partir do instante em que prefere ocultar a sua realidade biológica, não poderá ser visto pelo Estado como destinatário das regras previdenciárias aplicáveis às mulheres.

Se, entretanto, o homem trans quiser revelar a sua realidade biológica de mulher, poderá, sim, invocar a aplicabilidade das regras previdenciárias que lhe são mais favoráveis, mas, nesse caso, somente poderá fazê-lo em face do Judiciário, porque, como antedito, ele é homem para todos os fins de direito, especialmente diante da estrita legalidade que orienta as atuações dos institutos de previdência social.

Conclusão

Tudo tem seu tempo. Tudo passa.

O tempo decerto operará as suas curas maravilhosas e tornará irrelevante a qualificação de uma pessoa no trabalho por conta de sua identidade de gênero, orientação ou características sexuais.

Como bem disse Nietzsche na obra "Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais", em 1881,

> "quando o homem atribuía um sexo a todas as coisas, não via nisso um jogo, mas acreditava ampliar seu entendimento: - só muito mais tarde descobriu, e nem mesmo inteiramente, ainda hoje, a enormidade desse erro. [...] Um dia, tudo isso não terá nem mais, nem menos valor do que possui hoje a crença no sexo masculino ou feminino do Sol".[22]

Enquanto se espera por esse novo tempo, cabe, em cada ação e em cada palavra difundida no âmbito laboral, o estímulo às políticas públicas e as condutas privadas baseadas na "cultura do respeito", independentemente das orientações sexuais ou das identidades de gênero das pessoas.

Ao salientar essa "cultura do respeito" no ambiente laboral reafirma-se a lógica de que se deve plantar o que se pretende colher. E é justamente no espaço reservado ao trabalho - que tanto contribui para a reafirmação do indivíduo enquanto cidadão – que deve crescer e florescer o sentimento social de que se deve tratar o outro como a si mesmo e de que se deve dar a atenção que se espera receber diante de eventual diferença, particularidade ou características peculiares que qualquer pessoa pode passar a ostentar. A valorização da dignidade e da humanidade de cada pessoa depende disso.

---

22 NIETZSCHE, Friedrich. Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais [1881]. São Paulo: Escala. Disponível em <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Aurora.pdf>. Capturado em 22-08-2021.

Referências

BOMFIM, Brena Késsia Simplício do. *A questão de gênero, o trabalho dos transexuais femininos e a repercussão nas garantias trabalhistas voltadas à proteção do trabalho da mulher*. Disponível em < http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c0ffb7232b77166> Acesso em 05-09-2021.

CORBO, Wallace. *O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica*. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ - Rio de Janeiro, n. 34, Dez. 2018

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43 e 269.

GASPAR, Danilo Gonçalves. *A utilização de banheiros por empregados(as) transexuais*. Disponível em <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-utilizacao-de-banheiros-por-empregadosas-transexuais > Acesso em 04-09-2021.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre Identidade de Gênero: Conceitos e Termos*. Disponível em <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf > . Consultado em 23-08-2021.

LANZ, Letícia. *O Corpo da roupa: a pessoa transgênero entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero*. 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 23-08-2021.

MOMM, Márcia Assumpção Lima e BARACAT, Eduardo Milléo. *Código de vestimenta e aparência no trabalho: limites do poder de direção do empregador em relação ao gênero*. Revista do TST, São Paulo, vol. 87, n. 2, abr/jun 2021. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/190038/2021_momm_marcia_codigo_vestimenta.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 05-09-2021.

MUNDO PSICÓLOGOS, 2021. *Há diferenças entre transgêneros, travestis e transexuais?* Disponível em: <https://br.mundopsicologos.com/artigos/ha-diferencas-entre-transgeneros-travestis-e-transexuais >. Acesso em: 23-08-2021

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais [1881]*. São Paulo: Escala. Disponível em <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Aurora.pdf>. Capturado em 22-08-2021.

REUNIÃO INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO. *Princípios de Yogyakarta*. Yogyakarta, Indonésia: Universidade Gadjah Mada, 2006. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> Consultado em 30-08-2021.

SANI, Giácomo. *Cultura Política: Dicionário de Política*. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998, p. 306-307.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021. *Sexual and Reproductive Health and Research (SRH).* Disponível em: < https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research/key-areas-of-work/sexual-health/defining--sexual-health>. Acesso em: 23-08-2021.

ESCRAVIDÃO DIGITAL E TRABALHO DECENTE: OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO 4.0 NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

VANESSA ROCHA FERREIRA [1]

MURIELLY NUNES DOS SANTOS [2]

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar a relação entre a escravidão digital, que se apresenta como uma das consequências da revolução 4.0 e a percepção do que pode ser considerado como trabalho decente, destacando sobretudo a maneira como tal fator contribui para o aprofundamento da precarização do trabalho, uma vez que, com a hiperconexão, o trabalhador suporta jornadas de trabalhos superior àquela prevista em contrato, sem que necessariamente haja remuneração equivalente como contrapartida. À vista disso, utilizou-se o método dedutivo, baseado em uma revisão bibliográfica com a finalidade de elucidar os principais impactos dessa revolução nas relações laborais, especialmente para a saúde do trabalhador. Ao final, revela-se que, a modernização automatizada sem a devida proteção efetiva para minorar os malefícios para as relações de trabalho, ao invés de aniquilar postos de trabalho, constituirá grave violação aos direitos humanos mínimos.

Palavras-chaves

Escravidão digital; Revolução 4.0; Trabalho decente; Precarização do trabalho.

1 [1] *Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (Unama/PA). Professora da Graduação e Pós-graduação stricto sensu do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Trabalho Decente (CESUPA/CNPq). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA). Orcid:* http://orcid.org/0000-0001-5997-3198

2 [2] *Contadora, graduada em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente (CESUPA/CNPq). Orcid:* https://orcid.org/0000-0003-0001-8721. *Email:* muriellynunes@hotmail.com *Lattes:* http://lattes.cnpq.br/9431605800569444

Abstract

This study aims to analyze the relationship between digital slavery, which presents itself as one of the consequences of the 4.0 revolution, and the perception of what can be considered decent work, especially emphasizing how this factor contributes to the deepening of the precariousness of the work, since, with hyperconnection, the worker upholds working hours longer to those stated in the contract, without having equivalent remuneration in return. Therefore, the deductive method was used, based on a bibliographic review in order to elucidate the main impacts of this revolution on labor relations, especially for workers' health. Finally, it is revealed that automated modernization without proper effective protection to reduce the harm to labor relations, instead of annihilating jobs, will constitute a serious violation of minimum human rights.

Keywords

Digital slavery; 4.0 revolution; Decent work; Precarious work.

Introdução

A efemeridade com que as mudanças ocorrem atualmente transformam a sociedade em um ritmo frenético, que exige a cada dia a necessidade de adaptação e resistência, dada tamanhas transformações sociais, tanto no setor pessoal quanto no profissional, setores que frequentemente se fundem de tal modo, que torna quase impossível desprender um do outro.

Tais mudanças, sobrevêm e se consolidam principalmente a partir das revoluções industriais e tecnológicas que modificam consideravelmente a forma como produzimos, consumimos, e agora, como vivemos.

A interdisciplinaridade entre os ramos do Direito, possibilita uma visão mais sistêmica de como as modificações advindas do Direito Digital, por exemplo, afetam o Direito do Trabalho, pois logicamente, a maneira como a sociedade produz bens e serviços transforma substancialmente as relações de trabalho.

Com o advento de novos formatos de relações de trabalho, como por exemplo o fenômeno conhecido como uberização, surge a necessidade de que se determine se tais hipóteses laborais configuram ou não uma relação de emprego, para que se estabeleça o nível de proteção de direitos que o trabalhador faz jus em cada caso concreto.

Todavia, enquanto os contextos sociais se transformam em passo largos por conta, especialmente da dominação das tecnologias, o próprio Direito, por consequência, acompanha tais transformações em um ritmo inversamente proporcional, já que as atualizações legislativas e jurisprudenciais levam mais tempo para se consolidarem e afetarem, materialmente, a vida social.

Assim, o trabalho humano alia-se às novas tecnologias de forma inteiramente submissa, que forçam o trabalhador, de modo silente, a conviver com àquela e por ela sendo totalmente controlado.

1. A revolução 4.0 e as relações de trabalho no Brasil

O Direito do Trabalho sempre esteve intimamente relacionado com o processo histórico de revoluções industriais ocorridas até hoje, devido às significativas mudanças no setor de produção e avanços tecnológicos, que se sucederam a partir desse contexto, alterando por consequência, o meio laboral e social, já que o trabalho humano tem sido o principal objeto de exploração do sistema capitalista.

O termo revolução, neste caso, não necessariamente envolve a ocorrência de um motim ou rebelião, ao invés disso, importa em uma mudança brutal de ordem econômica, capaz de abalar totalmente toda a estrutura social vigente, tendo sido causada, no decorrer da história mundial, principalmente pela dominação dos meios tecnológicos, resultando em discussões que perduram até os dias de hoje, como a progressiva e temida substituição total do homem pela máquina, já que a essência de uma revolução industrial representa a substituição do trabalho artesanal por um mecanizado.

Resumidamente, o histórico revolucionário se inicia na segunda metade do século XVIII na Inglaterra com a primeira revolução industrial, que substituiu totalmente a produção manual por uma produção guiada por máquinas[3], a partir da criação da máquina de vapor e máquina de tecer fios. Em 1910, sobrevém a segunda revolução industrial, marcada pelo surgimento de novas tecnologias como a descoberta da eletricidade, uso do aço e avanços no setor de ferrovias e meios de comunicação[4], que ocasionou maior economicidade e produtividade no processo produtivo.

A década de 60 instaura a revolução 3.0 ou terceira revolução industrial, também reputada como a revolução digital, que introduz toda a concepção sobre globalização, sendo por isso também denominada como Revolução Técnico-Científica e Informacio-

3 *SANTOS, Ismael Luiz dos; SANTOS, Ruan Carlos dos; JUNIOR, Daniel de Souza Silva. Análise da Indústria 4.0 como elemento rompedor na administração de produção. In:* **Future Studies Research Journal**. *São Paulo: v. 11, n. 1, Jan-Abr 2019. p. 48-64.*

4 *SAKURAI, Ruudi; ZUCHI, Jederson D. As revoluções industriais até a indústria 4.0. In:* **Revista Interface Tecnológica**. *v. 15, n. 2, 2018. p. 480-491.*

nal, pois marca o início da era digital, com o aprimoramento da comunicação, sobretudo na computação, *internet*, telefonia, armazenamento de dados etc.

Embora todo este cenário tecnológico soe familiar e atual, discute-se atualmente uma nova revolução digital, agora chamada de Indústria 4.0 ou quarta revolução industrial, conceituada por Schwab[5] como uma revolução caracterizada pela inteligência artificial, por uma internet mais ubíqua e móvel, que produz fábricas ainda mais inteligentes, capazes de mesclar sistemas físicos e virtuais, à um nível global e de um modo mais flexível.

O termo indústria 4.0, é definida por Gimenez e Santos[6], como a integração técnica de sistemas físicos cibernéticos em produção e logística e o uso da *internet* das coisas e serviços em processos (industriais). O que significa que, no meio produtivo, a tecnologia atua como uma grande aliada ao desenvolvimento do trabalho, tornando as mercadorias mais baratas, diminuindo a necessidade da força humana, aprimorando a logística e acelerando o processo produtivo.

Significa dizer que, a quarta revolução permite que empresas prestem seus serviços no mundo físico e virtual, mudando o ambiente de trabalho presencial pelo virtual, trocando tarefas manuais por automatizadas, onde há um compartilhamento do espaço laboral com as tecnologias, seja trabalhando conjugado ou submetido a elas.

Tais fatores, constituem uma receita ideal para a manutenção do capitalismo, que tem a possibilidade de governar todo o processo produtivo de modo que seja cada vez menos custoso e mais lucrativo, ainda que dentro deste contexto não haja apenas máquinas, como também a exploração do labor humano.

2. A escravidão digital no mundo do trabalho

O uso da IA tem se introduzido no dia a dia da sociedade de modo avassalador, conduzindo a vida humana de uma forma tão sublime, que quase passa despercebido o fato de temos um robô nos controlando diariamente em troca de oferecer um serviço mais personalizado e eficaz, baseado na individualidade de cada usuário.

A possibilidade de controlar objetos remotamente, receber serviços imediatos que recomendam rotas mais rápidas, localizam prestadores de serviços mais próximos, evidenciam a presença da *internet* das coisas e dos serviços, formando um dos pilares da indústria 4.0, reorganizando, por consequência, a esfera trabalhista, especialmente no que tange à conexão exacerbada da maioria das pessoas, resultando no que hoje chama-se de escravidão digital.

---

5 *SCHWAB, Klaus.* **A quarta revolução industrial.** *São Paulo: Edipro, 2016. p. 20-22.*

6 *GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luís dos. Indústria 4.0, manufatura avançada e seus impactos sobre o trabalho. In:* **Texto para Discussão.** *Unicamp. IE, Campinas, n. 371, Nov/2019. p. 2.*

Em que pese a indústria 4.0 ser benéfica para a saúde física do trabalhador, atribuindo maior segurança no trabalho, expondo-o a um risco menor à medida que as tarefas mais arriscadas são repassadas para os robôs, consoante as explicações de Rocha[7], por outro lado, a escravidão digital representa um agente nocivo à saúde mental daqueles.

Se antes, no contexto da segunda revolução industrial, se falava em parassubordinação, ou seja, com o repasse dos riscos da atividade para o trabalhador, por meio de práticas de terceirização, na revolução 4.0, o conceito de subordinação também se revoluciona, passando a ser o que Franco Filho[8] aduz como subordinação algorítmica.

Isto significa que, o controle da produtividade do trabalhador é feito digitalmente, por meio do uso de aplicativos, linguagem de programação e outros, capazes de fornecer ao empregador um diagnóstico mais imparcial e com menor possibilidade de falha, integrando até mesmo o *feedback* dos consumidores quanto à qualidade do serviço prestado. Como consequência, dentro do contexto de revolução maquinário, o trabalhador tende a esforçar-se para não se deixar substituir por completo, escravizando-se digitalmente na tentativa de manter sua atividade laboral, em uma competição injusta com a máquina.

Sucede, então, uma aliança de servidão entre homem e tecnologia, principalmente como busca pelo recebimento de uma maior remuneração, baseada na rapidez e praticidade ofertadas pela revolução 4.0, que conecta a todo momento produtores e consumidores a um ritmo ininterrupto de troca de mercadorias e bens, constituindo-se um modelo escravocrata contemporâneo, amplamente aceito, visto que a consequência do tempo consumido pela sujeição digital quase que integral, retrata um mero corolário do ambiente virtual, que mescla diversão e trabalho magistralmente.

É dizer, muitas vezes o trabalhador decide por conta própria mesclar sua rede coorporativa e sua rede pessoal, sincronizando seu perfil de trabalho em todos seus dispositivos, seja para economizar mais tempo, tornar a produtividade mais eficaz ou não correr o risco de fechar negócios. Moreira[9] enfatiza que esse tipo de servidão voluntária, dá-se sem ordens expressas do empregador, bem como pelo fato de os trabalhadores não saberem como separar a vida profissional da vida privada, levando muitas vezes trabalho para casa, especialmente entre os mais jovens, que vivem constantemente conectados, impedindo assim que haja o reestabelecimento do equilíbrio físico e psicológico.

7 ***ROCHA, Marcelo Oliveira. Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas.*** *In:* ***ZAVANELLA, Fabiano; ROCHA, Marcelo Oliveira (org.)*** **O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) – reflexões e aspectos práticos.** ***São Paulo: LTr, 2018. p. 16.***

8 ***FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A revolução industrial e o direito 5.0. In:*** **Revista de Direito do Trabalho.** ***vol. 213. Set-Out/2020. p. 169-176.***

9 ***MOREIRA, Élido Martins C; CALVETE, Cássio da Silva. A reestruturação das organizações dos trabalhadores: reforma trabalhista e indústria 4.0.*** *In:* ***CALVETE, Cássio da S; HORN, Carlos Henrique (org.)*** **A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista*****: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1. ed. Porto Alegre: CirKula, 2020. p. 191-201.***

O efeito colateral de tanta hiperconectividade para a saúde mental, resulta na síndrome conhecida como FOMO (em inglês: *fear of missing out* – ou, medo de estar perdendo algo, em português), conceituada por Luca *et al*.[10] como o desejo de estar permanentemente conectado, traduzindo no indivíduo o medo e ansiedade em não poder conectar-se à rede ou plataforma, da qual frequentemente faz uso.

Além deste, neurocientistas também fazem menção à síndrome chamada como *Burnout*, incluída na 11ª revisão da Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como um fenômeno ocupacional em vez de uma condição médica[11] também chamada de esgotamento profissional, que ocorre principalmente devido ao excesso de conectividade, causando exaustão, diminuição da eficácia laboral e negativismo.

Especialmente quanto aos empregados em teletrabalho, estes são ainda mais propensos a se tornarem *workaholics*, patologia psíquica caracterizada pelo "vício" em trabalho, que afeta consideravelmente a saúde do trabalhador[12]. E, conforme o trabalho se aprofunda no mundo digital, a tendência é que as doenças também se agravem, comprometendo direitos trabalhistas básicos como descanso entre jornadas, descanso semanal remunerado e direito à desconexão.

Isso porque, consoante explica Signes[13], nas plataformas virtuais, o trabalhador é pago pela tarefa realizada e não pelo tempo efetivamente utilizado, como se a produção fosse dividida em pequenas empreitadas, que são repartidas entre os trabalhadores, aparentando ser uma nova espécie de Taylorismo do século XXI, em que o tempo de trabalho é irrelevante, cabendo aos usuários clientes e parceiros apenas aceitarem as condições de uso da plataforma, que são fixadas em benefício próprio daquela.

Daí, conclui-se que o trabalhador autônomo ou aceita as condições impostas ou não trabalha, o que pressupõe uma discordância com o que rege o art. 7º do Decreto nº 3.321/1999, que ratifica no âmbito interno a proteção internacional trabalhista pactuada no Protocolo de São Salvador, ao prever que o Estado deve garantir em sua legislação

10 *LUCA, Liliana et al. The FOMO syndrome and the perception of personal needs in contemporary society. In:* **BRAIN: broad research in artificial intelligence and neuroscience.** *DOI:* https://doi.org/10.18662/brain/11.1Sup1/27. *vol. 11. 2020. p. 38-46.*

11 *WORLD HEALTH ORGANIZATION.* **Burn-out an "Occupational Phenomenon. International Classification of Diseases.** *Geneva: World Health Organization, 28 Mai 2019. Disponível em:* https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/. *Acesso em: 13 nov 2021.*

12 *SC SCALZILLI, Roberta. O teletrabalho e a pandemia: uma análise do direito à desconexão e do dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho. In:* **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social.** *vol. 215. ano 47. São Paulo: Editora RT, Jan-Fev/2021. p. 221-236.*

13 *SIGNES, Adrián Todolí.* **El trabajo en la era de la economía colaborativa***: la clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economia de las plataformas virtuales. Valencia: Tirant lo blanch, 2017. p. 24-27.*

interna, uma limitação razoável das horas diárias, semanais e mensais de trabalho.

Pois, a jornada quando cumprida em horário noturno, lugar insalubre ou quando se tratar de trabalho perigoso, deve ser reduzida ou remunerada a mais. No entanto, na prática virtual, não há regulamentação e sequer controle se o empregado está prestando o serviço em horário noturno, em lugar insalubre ou se a atividade pode ser enquadrada como perigosa.

Em uma breve passagem pelo Direito comparado, o direito à desconexão ganha destaque pela primeira vez na França, com a Lei El Khomri de 2016, que determinou que em empresas com pelo menos 50 funcionários, o direito à desconexão deve ser pauta obrigatória com o sindicato da categoria. Legislações similares surgiram também na Espanha e Itália, com a promulgação da Lei orgânica 3/2018 e 81/2017, respectivamente. Na América Latina, o primeiro país fora da Europa que tratou sobre o tema foi o Chile, com a Lei nº 21.220 de 2020, que modificou aspectos do teletrabalho, principalmente por conta das alterações trabalhistas ocorridas com Pandemia da Covid-19, dispondo em seu artigo 152c-J, que, cabe ao empregador respeitar o direito do empregado de se desconectar, por pelo menos 12 horas contínuas em um período de 24 horas, não podendo em nenhum caso estabelecer comunicação ou formular ordem durante este tempo.

No mesmo ano, o Senado da Argentina aprovou em junho a Lei nº 27.555, que regulamentou o teletrabalho, com previsão sobre o direito à desconexão em seu artigo 4º e 5º, estabelecendo que as plataformas e softwares utilizados pelo empregador devem ser desenvolvidos de modo que impeçam a conexão do trabalhador fora da jornada de trabalho pactuada por escrito previamente e durante períodos de licença, não podendo o empregador exigir que o cumprimento de tarefas, nem estabelecer comunicação por qualquer meio. A lei argentina é a primeira do mundo a prever expressamente que o empregado não pode ser punido por fazer uso do seu direito de desconexão, e ainda, prevê igualdade de direitos e obrigações entre trabalhadores presenciais e remotos, incluindo a proibição de remuneração menor para o teletrabalhador em comparação com o trabalhador presencial.

No Brasil, não há qualquer menção expressa em lei sobre o direito à desconexão. No âmbito do judiciário, a matéria tem sido escassamente discutida em ações trabalhistas, especialmente após o advento da Reforma Trabalhista.

Ressalta-se que a proposta deste estudo não é defender uma estagnação ou retrocesso no processo evolutivo tecnológico, ainda que as previsões futuras indiquem consequências nefastas ao trabalhador, se deixado à sorte neste ambiente informatizado. Ao contrário, busca-se refletir de que maneira a evolução digital pode caminhar, sem aniquilar os direitos trabalhistas, nem os colocar em posição de empecilho à empregabilidade ou desprestígio quanto à sua importância e necessidade. Por isso, cabe a cada um de

nós garantir que sejamos servidos e não escravizados pela tecnologia, como bem anotou Schwab[14].

3. Os impactos da revolução 4.0 na precarização do trabalho

A revolução 4.0, ou indústria 4.0, sobrevém aperfeiçoando ainda mais o legado da terceira revolução industrial, combinando mundo físico e digital por meio de automações, trocas de grandes quantidades de informações, utilização de sistemas ciber-físicos, mescla do ambiente físico com o elemento computacional, predomínio da *internet* das coisas, dos serviços e o *big data*, conforme anotam Petroni, Junior e Gonçalves[15], modificando o mundo do trabalho, que agora passa a ser chamado de trabalho 4.0.

Entretanto, revoluções industriais precarizam progressivamente o trabalho e o afastam daquilo que se entende por trabalho decente, principalmente pelo modo como o sistema capitalista se porta nesse contexto, ao exibir uma posição afrontosa à proteção adequada da mão-de-obra humana, travestindo-se de um discurso desenvolvimentista com benefícios seletivos, que não atingem a classe trabalhadora como um todo, em especial aqueles situados nos lugares onde a força de trabalho é ainda mais desvalorizada, concentrando ainda mais o poder nas mãos de pequenos grupos que dominam o mercado.

Nessa mescla de tecnologia e relações laborais, o trabalhador é sutilmente compelido a consentir com toda e qualquer condição imposta pelo tomador dos serviços, se quiser conquistar ou manter seu posto de trabalho, sem dispor como contrapartida, de todo o alicerce de direitos laborais, frutos de uma longa e árdua jornada de conquista da classe trabalhadora, uma vez que, trabalhadores são deslocados para subempregos, onde o uso de tecnologia é dispensado, atingindo principalmente aqueles com níveis de escolaridade baixo, expondo-os a um trabalho precário.

Isso pois, com o surgimento de novas e diversas plataformas digitais, os mais diversos serviços são proporcionados aos consumidores a um baixo custo, carregando em si inovações e oportunidades mercadológicas nocivas ao mundo do trabalho. Na prática, trabalhadores que prestam seus serviços por meio de plataformas *online*, são escravizados e expostos a condições degradantes como baixa remuneração, horas exaustivas de trabalho, riscos eminentes de acidentes e ainda a pretensão de que estejam sempre conecta-

14 *SCHWAB, Klaus.* **A quarta revolução industrial.** *São Paulo: Edipro, 2016. p. 103.*

15 *PETRONI, Benedito Cristiano; JUNIOR, Irapuan Glória; GONÇALVES, Rodrigo Franco. In: SACOMANO, José Benedito; GONÇALVES, Rodrigo Franco; BONILLA, Sílvia Helena (org).* **Indústria 4.0:** *conceitos e fundamentos. São Paulo: Blucher, 2018. p. 48-49.*

dos, disponíveis para prestar o serviço.

De fato, a maioria dos avanços tecnológicos que impactam o mundo do trabalho, ainda carecem de regulamentação jurídica, o que oportuniza flexibilizações violadoras de direitos trabalhistas mínimos como a garantia de pagamento de auxílio-doença, direito à seguridade social, aposentadoria, direito a férias, ou ainda, direitos sociais preconizados no art. 7º da CRFB/88, como o recebimento de salário-mínimo hora, por exemplo.

Para aclarar, o que se tem visto, a partir do que alguns autores conceituam como *peer to peer economy* (em português, economia do compartilhamento pessoa pra pessoa, como uberização), são inúmeros trabalhadores autônomos, que se filiam à uma plataforma *online*, para serem explorados descontroladamente sem qualquer proteção laboral, figurando apenas como "parceiros", acobertados por uma relação de trabalho que não reúne todos os requisitos de uma relação de emprego, mas que em sua essência representa a exploração do labor humano como forma de obtenção de lucro, contrariando pressupostos mínimos intrínsecos à noção de trabalho decente.

Não surpreendente, no universo capitalista de produção de bens, o trabalho humano ganha cada vez mais o rótulo de ser demasiado custoso e um estorvo à empregabilidade, dada a proteção trabalhista, diga-se de passagem mínima, que demanda, considerando que máquinas podem ser trocadas facilmente e não demandam de seu empregador o mesmo dever de amparo que um ser humano, muito menos intervalos de descanso.

De certo, apesar dos inegáveis efeitos positivos da tecnologia, no sistema capitalista, ela tem sido a causa do chamado "desemprego tecnológico" ou também chamado de desemprego estrutural, que provoca uma diminuição de postos de trabalho, além de aumentar os desafios de realocação de mercado daqueles trabalhadores recém dispensados, como bem aludiu Cavalcante[16]. Isso porque a presença da tecnologia substitui os trabalhos mais repetitivos e exige mão de obra mais qualificada, aumentando as oportunidades daqueles empregos que se integram com a máquina.

Nas maiores e mais fortes economias do mundo, que possuem altos níveis de robotização, o desemprego é menor[17], já na América Latina, o desemprego tecnológico ainda não está no centro das discussões públicas, o que inibe o surgimento de reformas para aumentar a produtividade e os padrões de vida em breve.

Mesmo com os esforços legislativos para regulamentar o trabalho prestado remotamente, faltam mecanismos de proteção do trabalhador autônomo e informal frente

16 *CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A sociedade, a tecnologia e seus impactos nos meios de produção: uma discussão sobre o desemprego tecnológico. In:* **Revista LTr.** *São Paulo: vol. 82, n. 07, Jul/2018a. p. 796-812.*

17 *CRUZ, Samantha Mary de Melo Barbosa. A inteligência artificial e as novas necessidades de regulação do direito do trabalho brasileiro. In:* **Revista de Direito e as Novas Tecnologias.** *vol. 8. Jul-Set/2020.*

ao uso de robótica e inteligência artificial nas empresas, pois estes continuam tendo sua força de trabalho explorada sem medida e longe do usufruto de direitos humanos e trabalhistas básicos.

O Brasil, especialmente, por ter uma numerosa população concentrada em grandes cidades, possui um ambiente propenso ao desenvolvimento do trabalho compartilhado e da troca de ideias, onde os centros de concentração no país funcionam como aceleradores do processo de inovação[18]. Entretanto, o advento da Reforma Trabalhista, marcada principalmente pelas flexibilizações trazidas com o escopo de incentivar a geração de empregos, escancarou o aumento da precarização do trabalho com o aprofundamento do trabalho informal, enfraquecimento da representação sindical e o prevalecimento do negociado sobre o legislado, afastando-se do princípio trabalhista da proteção. No contexto da indústria 4.0, o surgimento de novas relações de trabalho esbarra na lacuna normativa e divergência na doutrina e jurisprudência, sobretudo no que tange à subordinação, requisito essencial para caracterizar a relação de emprego. Moreira e Calvete[19] apontam que tais inovações de relações de trabalho, apesar de não poderem ser consideradas relações de emprego, não são totalmente autônomas, devendo haver a criação de uma nova categoria que confira a devida proteção do trabalhador para que saiam desta zona de desamparo.

Ao tratar da subordinação, Mannrich[20] explana que ao invés de desaparecer está se transformando, e o elemento "dependência" não necessariamente resulta de ordens diretas do empregador, mas da integração do trabalhador na organização empresarial, ou até mesmo da falta desta, onde decisões gerenciais podem ser tomadas a partir de informações dos clientes.

Frente à nítida improbabilidade de desaparecimento das tecnologias, que tendem apenas a se aprimorarem a cada dia, é que surge a necessidade de constante adaptação do Direito do Trabalho às evoluções do mundo informatizado, demandando cada vez mais a interdisciplinaridade deste com outras áreas jurídicas em ascensão como o Direito Digital, por exemplo, a fim de proteja o trabalhador da inferioridade jurídica a qual está submetido.

---

18 *RONCATI, João; SILVA, Mhileizer T. A.; MADEIRA, Felipe. O desafio dos empregos na quarta revolução industrial. In: SILVA, Elcio B; SCOTON, Maria L. R. P. D. et al (org.)* **Automação & Sociedade***: quarta revolução industrial, um olhar para o Brasil. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.*

19 *MOREIRA, Élido Martins C; CALVETE, Cássio da Silva. A reestruturação das organizações dos trabalhadores: reforma trabalhista e indústria 4.0. In: CALVETE, Cássio da S; HORN, Carlos Henrique (org.)* **A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista***: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1. ed. Porto Alegre: CirKula, 2020. p. 191-237.*

20 *MANNRICH, Nelson. Futuro do Direito do Trabalho, no Brasil e no mundo. In:* **Revista LTr.** *vol. 81, n. 11. Nov/2017. p. 1287-1300.*

De certo, visões mais otimistas protestam no sentido de que a utilização da robótica e IA no meio ambiente do trabalho ao mesmo tempo em que extingue um posto de trabalho abre espaço para uma nova função a ser desempenhada. Tal afirmação não está incorreta, mas guarda detalhes importantes quanto à dinâmica trabalhista, ao pressupor que o câmbio de funções seja simples e rápido, quando na verdade exige, em linhas gerais, tempo de requalificação profissional e um mercado propício ao absorvimento desses novos trabalhadores sem prévia experiência.

Sobre o tema, Carillo[21] assinala que, 43% dos empregos existentes na Espanha apresentam um risco superior a 66% de serem automatizados a médio prazo, revelando a futura demanda do mercado de trabalho por profissões como pilotos de drones, tele-cirurgiões, coordenadores de relação homem-máquina no local de trabalho, arquitetos de realidade aumentada e etc., todas relacionadas de alguma forma com sistemas informáticos, exigindo desse modo, que haja um sistema educacional de preparação desses novos trabalhadores, em especial os mais jovens, por meio de ferramentas de formação para as novas profissões que serão demandadas no futuro.

Países da União Europeia, que lideram a indústria 4.0, já planejam estratégias de médio e longo prazo, à nível nacional, e desenvolvem infraestrutura e redes inovadoras de implementação de iniciativas para a quarta revolução, com a ajuda de institutos de pesquisa, universidades, indústrias, governo local e central, sendo um modelo a ser seguido.

Um singelo exemplo é o tradicional emprego de motorista de táxi, que após ser conjugado com a IA, se reformulou e passou a prestar o serviço por meio de plataformas digitais como a Uber e similares. Todavia, presencia-se atualmente mais uma atualização desta função. Agora, a inteligência artificial, antes parceira do motorista, se modernizou ao ponto de descartar, quase que totalmente, a necessidade da presença do trabalhador ao volante.

É o caso dos chamados carros autônomos oferecidos pela empresa norte-americana de tecnologia Waymo, que implementaram os táxis sem motoristas[22], demandando a presença física do trabalhador humano apenas para intervenção em situações extremas, permitindo a prestação de um serviço ininterrupto e seguro, mesmo durante uma Pandemia global da Covid-19, devido à ausência de interação humana, o que expõe ainda mais a relação precária do trabalho, com a fragmentação desta classe de trabalhadores,

---

21 CARRILLO, Djamil Tony Kahale. La industria 4.0: una vision Española e Italiana desde el derecho del trabajo. In: **Revista de Direito do Trabalho.** *vol. 193. Set/2018. p. 197-220.*

22 BRITISH BROADCASTING CORPORATION. **Driverless taxis to be available in Phoenix 'in weeks'.** *Disponível em:* https://www.bbc.com/news/technology-54476524. *Acesso em: 09 out 2020.*

que possivelmente estarão à beira de um deslocamento de função, para uma ainda mais precarizada, desprovida de direitos básicos de trabalho.

Notoriamente, a Pandemia da Covid-19 contribuiu ainda mais para a precarização do trabalho, uma vez que o trabalhador migrou do ambiente físico para o virtual controlado, acelerando a adoção do teletrabalho, que por si só concentra prejuízos à saúde mental do trabalhador, como tendência ao isolamento social, extensão da jornada de trabalho, sentimento de superexploração por parte da empresa, maior irritabilidade com os demais residentes do ambiente doméstico, além do comprometimento da imagem do trabalhador perante a sociedade, que tende a assimilar o trabalhador como se estivesse de férias.

No âmbito legislativo brasileiro, destaca-se o Projeto de Lei nº 1091/2019, com tramitação na Câmara dos Deputados, que visa proteger o trabalhador em face da automação, tratando especificamente sobre o art. 7º, inciso XXVII da CRFB/88, estabelecendo que a adoção de automação nas empresas seja precedida de negociação coletiva do sindicato. No Senado Federal, tramita o Projeto de Lei nº 190/2016 que permite a contratação de um empregado para múltiplas funções além daquela prevista no contrato individual de trabalho, sem que se configure alteração unilateral.

Mais do que nunca, demanda-se uma atuação mais forte e presente dos sindicatos, para proteção dos interesses da classe de trabalhadores frente às mudanças tecnológicas, e, legislativas. Alinha-se, a visão apontada por Cavalcante[23], de que para conter os efeitos negativos dos avanços tecnológicos sob o mundo laboral, é necessário que haja o acompanhamento da negociação coletiva de trabalho nas implementações tecnológicas na empresa, de modo que se garanta a participação dos trabalhadores neste processo.

Em suma, as consequências do trabalho 4.0 ou 5.0, que ainda estão por vir, dependem, majoritariamente, de como a gestão política se comportará frente à tais resultados, se protegendo o indivíduo ou colocando este em patamar de inferioridade em relação ao progresso econômico. O que de qualquer forma, deve incentivar a geração de empregos e não desestimular empregadores a contratar mão de obra humana, uma vez que, tanto a valorização social do trabalho quanto a livre iniciativa são princípios fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, no seu artigo 1º, figurando ainda o direito ao trabalho como um direito fundamental inerente ao ser humano, à luz do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

---

23 *CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa.* **Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego.** *1 ed. São Paulo: LTr, 2018b. p. 107.*

Considerações finais

O protagonismo evidente da inteligência artificial e da robótica no contexto do trabalho 4.0, provoca uma mescla de vantagens e desvantagens, preservando de um lado, a saúde física do trabalhador, ao evitar acidentes de trabalho com a substituição de trabalhos repetitivos, impactando por outro lado, a saúde mental destes indivíduos.

As mudanças nas relações de consumo e a celeridade nas trocas comerciais, por exemplo, ao fomentar a concorrência entre as empresas, exigem de seus funcionários a dedicação vigorosa para prestar o serviço, tornando-os cada vez mais em servos digitais, sem melhorar, como contrapartida, a condição social em que se encontram.

Todo contexto de revoluções enfrentadas até hoje, pressupõe uma certa aniquilação de postos de trabalho e criação de outros que exigem maior nível de qualificação e interação humana com a máquina, exteriorizando ainda mais a desigualdade laboral, e o aprofundamento da precariedade do trabalho, onde trabalhadores tendem a ocupar cada vez mais os chamados subempregos, ou serem postos em posição de irrelevância social, devido à falta de reinserção apropriada no mercado de trabalho, o que atinge as mais diversas faixas etárias.

Nesse sentido, a escravidão digital, na era do trabalho 4.0, parece convergir toda a classe trabalhadora para um só ponto, qual seja a demanda pela disponibilidade perpétua para o labor, devido à presença generalizada da tecnologia no meio ambiente do trabalho, que já se apodera da vida pessoal de cada um.

Não outra seria a conclusão, se não por uma demanda urgente de proteção do trabalhador, com o emprego de políticas públicas, fortalecimento das classes sindicais, para que haja a efetivação de direitos mínimos do trabalho combinado com o fomento à empregabilidade, desde os mais jovens aos mais velhos, protegendo o labutador dos efeitos nocivos iminentes da indústria 4.0, e de seus futuros desmembramento, ou até mesmo da eclosão de uma nova revolução, que pode ser ainda mais nefasta para o ser humano, caso não haja o preparo e o resguardo deste direito fundamental, que é o trabalho decente.

Para tanto, acredita-se que a partir da regulação do uso da tecnologia no ambiente empresarial, público e privado, é possível combinar o avanço tecnológico e o aperfeiçoamento do trabalhador e de determinados cargos e funções, bem como, que a hiperconexão do trabalhador seja objeto de controle por parte do empregador ou tomador de serviços, com o fornecimento de um relatório mensal ao empregado, por exemplo, do tempo desprendido *online*, para que haja a fiscalização efetiva, bem como a devida apreciação judicial em cada caso concreto.

Não se busca, no entanto, impedir ou militar contra o progresso tecnológico e o crescimento econômico, ao contrário, pretende-se incentivar o aprofundamento do desenvolvimento de pesquisas para que haja o impulso na implementação de iniciativas que, na prática, condicione o trabalhador, principalmente por meio da educação, a enfrentar essa nova fase industrial, munido de seus direitos mínimos, para que a busca constante por soluções tecnológicas para a vida diária, não se transforme em busca por cura de doenças criadas por conta do próprio avanço da tecnologia..

Pois, se o trabalho decente é cumprido, a sociedade como um todo se torna mais saudável e suscetível ao progresso.

Referências

BRITISH BROADCASTING CORPORATION. **Driverless taxis to be available in Phoenix 'in weeks'**. Disponível em: https://www.bbc.com/news/technology-54476524. Acesso em: 09 out 2020.

CARRILLO, Djamil Tony Kahale. La industria 4.0: una vision Española e Italiana desde el derecho del trabajo. In: **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 193. Set/2018. p. 197-220.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A sociedade, a tecnologia e seus impactos nos meios de produção: uma discussão sobre o desemprego tecnológico. In: **Revista LTr**. São Paulo: vol. 82, n. 07, Jul/2018a. p. 796-812.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2018b. p. 107.

CRUZ, Samantha Mary de Melo Barbosa. A inteligência artificial e as novas necessidades de regulação do direito do trabalho brasileiro. In: **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. vol. 8. Jul-Set/2020.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A revolução industrial e o direito 5.0. In: **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 213. Set-Out/2020. p. 169-176.

GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luís dos. Indústria 4.0, manufatura avançada e seus impactos sobre o trabalho. In: **Texto para Discussão**. Unicamp. IE, Campinas, n. 371, Nov/2019. p. 2.

LUCA, Liliana *et al*. The FOMO syndrome and the perception of personal needs in contemporary society. *In*: **BRAIN: broad research in artificial intelligence and neuroscience**. DOI: https://doi.org/10.18662/brain/11.1Sup1/27. vol. 11. 2020. p. 38-46.

MANNRICH, Nelson. Futuro do Direito do Trabalho, no Brasil e no mundo. In:

Revista LTr. vol. 81, n. 11. Nov/2017. p. 1287-1300.

MOREIRA, Élido Martins C; CALVETE, Cássio da Silva. A reestruturação das organizações dos trabalhadores: reforma trabalhista e indústria 4.0. *In*: CALVETE, Cássio da S; HORN, Carlos Henrique (org.) **A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista**: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1. ed. Porto Alegre: CirKula, 2020. p. 191-237.

PETRONI, Benedito Cristiano; JUNIOR, Irapuan Glória; GONÇALVES, Rodrigo Franco. In: SACOMANO, José Benedito; GONÇALVES, Rodrigo Franco; BONILLA, Sílvia Helena (org). **Indústria 4.0:** conceitos e fundamentos. São Paulo: Blucher, 2018. p. 48-49.

ROCHA, Marcelo Oliveira. Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas. *In*: ZAVANELLA, Fabiano; ROCHA, Marcelo Oliveira (org.) **O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) – reflexões e aspectos práticos**. São Paulo: LTr, 2018. p. 16.

RONCATI, João; SILVA, Mhileizer T. A.; MADEIRA, Felipe. O desafio dos empregos na quarta revolução industrial. In: SILVA, Elcio B; SCOTON, Maria L. R. P. D. *et al* (org.) **Automação & Sociedade**: quarta revolução industrial, um olhar para o Brasil. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

SAKURAI, Ruudi; ZUCHI, Jederson D. As revoluções industriais até a indústria 4.0. *In*: **Revista Interface Tecnológica**. v. 15, n. 2, 2018. p. 480-491.

SANTOS, Ismael Luiz dos; SANTOS, Ruan Carlos dos; JUNIOR, Daniel de Souza Silva. Análise da Indústria 4.0 como elemento rompedor na administração de produção. In: **Future Studies Research Journal**. São Paulo: v. 11, n. 1, Jan-Abr 2019. p. 48-64.

SCALZILLI, Roberta. O teletrabalho e a pandemia: uma análise do direito à desconexão e do dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho. In: **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**. vol. 215. ano 47. São Paulo: Editora RT, Jan-Fev/2021. p. 221-236.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. p. 20-22;103.

SIGNES, Adrián Todolí. **El trabajo en la era de la economía colaborativa**: la clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economia de las plataformas virtuales. Valencia: Tirant lo blanch, 2017. p. 24-27.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Burn-out an "Occupational Phenomenon. International Classification of Diseases**. Geneva: World Health Organization, 28 Mai 2019. Disponível em: https://www.who.int/mental_health/evidence/burn-out/en/. Acesso em: 13 nov 2021.

UBERIZAÇÃO DO TRABALHO: COMO ANDA A DISCUSSÃO NO BRASIL

JASIEL IVO[1]

Resumo

O artigo situa o trabalho na *gig economy*, tratamento de dados e inteligência artificial ao ponto de um robô ser capaz de emular ação humana. Analisa-se o trabalho por plataformas digitais, buscando encontrar sua natureza jurídica, enfrentando a recusa da Uber no Brasil quanto à realização de perícia em seus algoritmos, tendo o TST cassado decisões que determinavam a realização da prova, alegando imperativo de preservar segredo comercial. O problema é saber se a decisão impede a demonstração do fato constitutivo do direito do autor. A hipótese está lastreada na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, sendo possível encontrar resposta estabelecendo-se presunções relativas.

Palavras-chave

Uberização do trabalho. Sigilo comercial. Ônus da prova.

Introdução

O presente artigo investiga a influência das tecnologias, de como a inteligência artificial, a robótica, o aprendizado inteligente e a indústria 4.0 têm interferido na atual configuração do trabalho, alterando processos e acelerando o ritmo da produção e da prestação de serviços, analisando aspectos da economia digital baseada na tecnologia da informação e da comunicação, tratamento de dados e cada vez mais o uso da inteligência artificial ao ponto de um robô ser capaz de fazer escolhas e tomar decisões emulando a ação humana.

Como os temas estão imbricados, justifica-se a pesquisa do trabalho humano intermediado por plataformas eletrônicas e sua inserção na *gig economy*, se se trata de trabalho autônomo ou subordinado, se a atual legislação brasileira é aplicável ou se requer a elaboração de lei específica, refletindo sobre a alegação das empresas de que não existe relação de trabalho, sobretudo nos casos de motoristas de aplicativos e entregadores,

1 Doutorando em Direito – PPGD/UNICAP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor Adjunto IV da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Juiz do Trabalho – TRT da 19ª Região. Orcid: http://orcid.org/0000-0001-9396-2951. Lattes: http://cnpq.lattes.br/8363746880528495. E-mail: jasiel.ivo@hotmail.com.

dizendo tratar-se de empresas de tecnologia e não de prestação de serviços, chegando a sustentar a hipótese da autorregulação, como ao fim e ao cabo querem.

O objetivo do artigo é contribuir com a discussão refletindo sobre os novos modelos de negócios executados por meio de tecnologias avançadas, analisar as novas formas de trabalho e os contornos jurídicos da subordinação no Direito do Trabalho no Brasil em tempos de tecnologias disruptivas. Alguns sustentam haver vínculo empregatício entre as empresas e motoristas, entregadores, tidos como "colaboradores" ou "parceiros", sobretudo quando se utiliza critério de distribuição, controle e avaliação do trabalho por meio de sistema matemático de dados combinado com o tratamento de informações pessoais, resultando em escolhas opacas, sem transparência e não raras vezes prejudiciais aos trabalhadores.

A recusa da Uber, não permitindo a realização de prova pericial em seu sistema algorítmico, sustentando que seria invasão de segredo comercial e que, acaso quebrado o sigilo restaria aberto à concorrência seu modelo de negócio, assemelha-se à recusa do suposto pai em ação de investigação de paternidade, como direito de não fazer prova contra si, garantido no brocardo *nemo tenetur se detegere*, o que remete, *mutatis mutandis*, ao julgado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, sobre a recusa de realização de exame de DNA em casos de investigação de paternidade.[2]

Transpondo para a linguagem do direito processual, houve recusa da parte ré quanto à realização de prova, sem a qual a parte contrária não consegue demonstrar o fato constitutivo de seu alegado direito – subordinação algorítmica -, tendo o Tribunal Superior do Trabalho cassado decisões de primeira e segunda instâncias da Justiça do Trabalho que permitiam a realização da prova, alegando imperativo de preservar segredo comercial. O problema proposto é verificar se estas decisões impedem ou tornam extremante difícil a demonstração do fato constitutivo do alegado direito do autor. Inviabilizando a realização da prova, estaria o TST cerceando o direito de defesa da parte autora? A hipótese está lastreada na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, quando se sustenta a possibilidade de encontrar resposta estabelecendo presunções relativas.

Considera-se a terminologia utilizada para esses trabalhadores, identificados pelas empresas como "colaboradores", empreendedores", "parceiros", "empresários de si mesmo" e outras bizarrices, apontando a conclusão de que no plano da realidade fática o que ocorre é a mera transformação dos modos de execução do trabalho. O método é o analítico-dogmático, valendo-se de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando a nomenclatura uberização, uma vez que a marca ganhou o *status* de produto, passando a ser sinônimo do serviço, uma metonímia que descreve a emergência de um novo padrão

2 ***BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Tribunal Pleno.*** *Habeas Corpus 71.373-RS.* ***Rel. Min. Francisco Rezec. Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. J. 10.11.1994. Disponível em:*** http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1585884.

de organização empresarial e gestão do trabalho.

1. "Gig economy", trabalho sob demanda e tecnologia

Não faz muito tempo e todos devem lembrar da simpática carona solidária, cujo objetivo era auxiliar aquele que necessitava de mobilidade e, ao mesmo tempo, uma inteligente forma de economizar combustível e preservar o meio ambiente, através do compartilhamento de carros entre colegas de trabalho, estudantes universitários e tantas outras simples hipóteses de demonstração de compartilhamento de viagens como ato solidário e ecológico. Outra forma é o oferecimento de serviços de consertos, reparos e tarefas domésticas de curta duração. Situações assim foram gradativamente se profissionalizando e tornaram-se modelos de negócios que inauguram a economia do compartilhamento, servindo a internet e os equipamentos eletrônicos – computadores, notebooks e smartphones – como meios de estabelecer a conexão entre consumidores e aqueles que oferecem o serviço, o bem de consumo ou a mercadoria.

De fato, as plataformas eletrônicas fazem a intermediação entre interesses de quem quer vender e de quem quer comprar, bem como daquele que oferece um serviço especializado com o outro que precisa desse serviço, típico *market place*. Não raras vezes essas empresas são criadas inicialmente como *startups*, mas logo se inserem nesse novo modelo de negócio de oferta de bens de consumo ou prestação de serviços, atendendo diretamente à demanda, com as características do pagamento eletrônico e conclusão do negócio de um jato só, em tese a plataforma reservando para si apenas o custo da transação.

É necessário pontuar que, em alguns casos, as plataformas realizam o contato eletrônico entre o cliente e o prestador do serviço, mas a execução do trabalho se dá presencialmente, como nos serviços de reparos e de limpeza doméstica. Outras, porém, atuam sempre on-line, sem que haja qualquer contato entre o cliente solicitante ou tomador e o prestador do serviço que não seja digital, intermediado pela plataforma. Zipperer classifica a economia baseada em compartilhamento de serviços como multiterceirização (*crowdsourcing*) e *crowdworking*, podendo ser *crowdsourcing on-line* (o trabalho é executado sem encontro físico, não existe local físico de trabalho identificado) e *off-line* (o trabalho é executado com contato direto entre trabalhador e solicitante), por chamada aberta e plataforma de *freelancers*.[3]

Muitos serviços que são oferecidos por plataformas intermediárias não entram na discussão aqui agitada, já que envolvem apenas a lei da oferta e da procura, como por

3 ***ZIPPERER, André Gonçalves.*** *A intermediação de trabalho via plataformas digitais:* ***repensando o Direito do Trabalho a partir das novas realidades do século XXI. LTr. São Paulo, 2019, p. 46-89.***

exemplo, quem quer vender um livro que já não lhe serve, oferece na Estante Virtual e alguém do outro lado do mundo que dele necessita, realiza a compra, efetua o pagamento e recebe o livro em seu endereço. A empresa *on-line* aqui, de fato, apenas ligou as pontas do negócio. Nesses e em tantos outros casos a plataforma apenas intermedeia os interesses, fazendo o encontro das vontades dos sujeitos, finalizando no ambiente digital o negócio. Confirmado o pagamento e entregue o livro ou concluída a tradição do bem, o negócio jurídico realizou perfeitamente todas as suas etapas, tanto no plano fático quanto no plano legal. Assim também quem procura algum produto, novo ou mesmo usado e em boas condições de uso, decerto encontrará no Mercado Livre, bem como produtos criativos na Elo7 ou qualquer outro bem – na talvez pioneira desse modelo – a eBay, todas inseridas na categoria *market place*, fazendo lembrar mesmo com todas as características o ambiente de mercado, sendo que virtual.

Vida e tecnologia estão definitivamente unidas. A existência de todos é diuturnamente vigiada, com dados coletados, perfis definidos e comportamentos modificados, não só daqueles que usam redes sociais, mas pelo simples fato de existir, tratando-se de expressão de poder.[4] Todo dado pessoal serve para qualquer coisa e sempre haverá alguém interessado, indo desde a análise de risco de um empréstimo ou financiamento, possibilidade de previsão de doenças preexistentes e cobertura ou não na contratação de seguro de saúde, avaliação e desempenho profissional, sem falar no estímulo ao consumo e adequação de hábitos e preferências.

Expressões como *on-demand work, crowdwork, sharing economy* e tantas outras invadiram a discussão acadêmica e na economia de multidão o trabalhador está e também é multidão ou *crowdworker*, aquele que oferece seus serviços que, a depender da modalidade da tarefa, podem ser executados de qualquer lugar do mundo, como trabalho inegavelmente autônomo, tratando-se de *crowd task* ou tarefas de multidão dentro de algo maior, chamado de *crowdsourcing*, termo usado originalmente por Jeff Howe.[5] A contratação se dá na multidão, através da colaboração e conhecimento de várias pessoas mediante consulta nas nuvens,[6] uma parcela importante da economia de compartilhamento ou de colaboração, mas também identificada como economia dos bicos e do trabalho precário. Em suma, pelo termo *crowd* podem ser compreendidas as multidões descentralizadas de

---

4 ***ZUBOFF, Shoshana.*** *A era do capitalismo de vigilância:* ***a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. Intrínseca. Rio de Janeiro, 2020, p. 401-422***

5 *Apud* ***ZIPPERER, André Gonçalves.*** *A intermediação de trabalho via plataformas digitais:* ***repensando o Direito do Trabalho a partir das novas realidades do século XXI. LTr, São Paulo, 2019, p. 55-57.***

6 ***Exemplo disso é a Amazon Mechanical Turk (MTurk) é um mercado de*** *crowdsourcing* ***que aproveita a inteligência coletiva e a força de trabalho global para otimizar os processos de coleta e análise de dados e acelerar o desenvolvimento do aprendizado de máquina. Conf. em: https://www.mturk.com/.***

indivíduos,[7] tornando o trabalhador subordinado uma figura desnecessária.[8]

A economia do compartilhamento surgiu do entusiasmo de possíveis relações de solidariedade intermediadas pela tecnologia da informação e da comunicação, onde vizinho ajuda vizinho e qualquer coisa pode ser compartilhada, com a possibilidade de gerar renda, mas logo foi sequestrada por novos modelos de negócios, como Uber, Ifood, Airbnb, Amazon e outros gigantes da economia mundial. Pessoas talentosas que se deparam com um problema de suas próprias vidas resolvem criar um site com o objetivo de encontrar solução e isto se transforma num negócio lucrativo, servindo como exemplo o paradigmático caso da Airbnb e sua fabulosa história de dois jovens criativos que, em 2007, diante da dificuldade e custos de acomodação na cidade de São Francisco, resolveram oferecer aos participantes de um congresso de design industrial colchões infláveis (*airbed*) e café da manhã para quem procurava um lugar barato para se hospedar (*bed & breakfast*), fazendo entrar em ebulição o espaço compartilhado por aplicativo sem perder o traço lúdico do nome dado ao negócio fundado oficialmente na Califórnia de 2008.[9]

É comum referir-se a essas tecnologias como sendo disruptivas, pois erodem os modelos de negócios anteriores, mencionando de modo genérico e apenas a título de exemplo, que a Uber tem inviabilizado os serviços de Taxi e das empresas de transportes de passageiros de ônibus urbanos, Airbnb ameaça redes de hoteis, Amazon e o MercadoLivre ameaçam o comércio varejista. Na economia do compartilhamento ou *sharing economy*, multidão e inovação tecnológica, plataformas digitais e aplicativos permitem qualquer um dividir qualquer coisa, até empréstimos em dinheiro de pessoas para pessoas, os chamados financiamentos coletivos – *crowdfunding* – fazendo crescer o Lending Club, por meio de contribuição colaborativa, uma potencial ameaça aos bancos tradicionais.[10] Apesar de também ter o seu próprio aplicativo, a plataforma digital Uber é um modelo de negócio diferente da Airbnb, tendo surgido da necessidade de facilitar o acesso a veículos de luxo, originalmente para executivos em atividade em outras cidades, sendo também criada na Califórnia quase simultaneamente, ou seja, decorrente da necessidade de mobilidade urbana.

---

7 ***FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo.*** *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0.* ***Ricardo Antunes - Organizador. Boitempo, São Paulo, 2020, p. 59-78.***

8 ***SIGNES, Adrían Todolí. O mercado de trabalho no século XXI:*** *on-demandeconomy, crowdsurcing* ***e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Tradução: Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade.*** *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano:* ***a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seu s efeitos jurídicos e sociais. Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues e José Eduardo de Resende Chaves Júnior, coordenadores. LTr, São Paulo, 2017, p. 28-43.***

9 ***SLEE, Tom.*** *Uberização:* ***a nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. Editora Elefante, São Paulo, 2017, p. 64.***

10 *Idem, ibidem,* ***p. 51.***

2. A quarta revolução industrial

A quarta revolução industrial – a indústria 4.0 – com inteligência artificial, robótica inteligente, internet das coisas, nanotecnologia, biotecnologia, big data, onde se combinam as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico e tudo isso acontecendo numa velocidade espantosa, modificando não apenas os modelos de negócios e o mundo do trabalho, mas a própria sociedade, os governos[11] e a civilização. O mundo do trabalho vem passando por profundas e impactantes modificações, como demonstrou a Organização Internacional do Trabalho - OIT, no relatório Trabalhar para um futuro melhor.[12] E essa transformação do trabalho operada pelos meios telemáticos e informatizados – plataformas digitais – traz consigo um paradoxo. O exemplo mais próximo é o da Uber, que, por meio eletrônico, oferece o serviço de transporte de passageiros através de aplicativo instalado nos "smartphones" dos usuários cadastrados e motoristas *associados*, apesar de a empresa não possuir os veículos e da possibilidade de o *parceiro* desligar o aparelho ou apenas se desconectar, além de poder trabalhar em outros aplicativos, o que indicaria certo grau de autonomia e liberdade; ao mesmo tempo, este algoritmo estimula o trabalho mediante recompensas e também serve como critério de avaliação do motorista pela empresa, inclusive para efeito de aplicar pena de suspensão temporária e até desligamento definitivo, residindo aqui a utilização de critérios tecnológicos nem sempre inteligíveis, sem que a empresa se disponha a explicá-los a quem quer que seja.

O uso dos meios telemáticos e informatizados mais comuns, como computador ou smartphone com conexão à internet, permite realizar o trabalho de qualquer lugar e ainda assim, pode o trabalhador estar submetido ao poder de direção da empresa, não se fazendo qualquer distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado à distância, em qualquer lugar, sendo já usual a expressão *nômades digitais*, pois não mais existe local físico de trabalho identificado. Isso tem levado ao surgimento de expressões que procuram identificar o fenômeno como *ciberespaço*, *neotaylorismo*, *taylorismo digital*, *multiterceirização*,[13] onde os trabalhadores são "chamados a empreender sem identidade de classe e sem cobertura social", com renda insatisfatória e jornadas extenuantes.[14]

11 **SCHWAB, Klaus.** *A quarta revolução industrial.* **Trad. Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2019.**

12 **MARANHÃO, Ney Stany Morais; SAVINO, Thiago Amaral Costa: O futuro do trabalho sob o olhar da OIT: análise do relatório Trabalhar para um futuro melhor (março/2019).** *Revista de Direito do Trabalho,* **São Paulo, v. 45, n. 205. 143-162, set. 2019, p. 143-162.**

13 **ZIPPERER, André Gonçalves.** *A intermediação de trabalho via plataformas digitais:* **repensando o Direito do Trabalho a partir das novas realidades do século XXI. LTr, São Paulo, 2019, p. 57.**

14 **COSENTINO FILHO, Carlo Benito. Neotaylorismo digital e a economia do (des)compartilhamento.** *Fu-*

O debate é importante não só em razão de sua atualidade, mas sobretudo da premência de dar respostas aos problemas decorrentes do trabalho sob demanda, um modelo de negócio que visa a maximização de lucros, valendo-se dos índices de desemprego, quando qualquer trabalho que seja já é um alívio para a força sobrante.

Entre os que defendem a existência de vínculo de emprego entre trabalhadores e empresa por plataforma digital, os que negam esse vínculo e os de posição intermediária, estabeleceu-se uma verdadeira corrida para ver qual corrente assume a dianteira da narrativa, todas muito bem fundamentadas. No Brasil, tem prevalecido a tese de que essas empresas são de tecnologia e não de prestação de serviços e que a elas não são aplicadas as normas legais em vigor, apesar da grande quantidade de opiniões contrárias abalizadas e decisões de tribunais mundo afora.

Merece transcrição excerto de artigo de Fábio Túlio Barroso, em obra que organizou publicada pela FASA, em 2019:

> "Nesse contexto, em que pese não haver, regulamentação específica para o modelo de trabalho via aplicativos, não é demais entender que não necessariamente houve norma explícita ou mesmo norma inconstitucional, quando se entender a necessidade de compreensão do fenômeno fático e jurídico e sua caracterização como instituto de Direito do Trabalho, haja vista a aplicação do princípio da realidade e a estruturação normativa presente no país".[15]

O que se vê é o predomínio do *e-commerce*, o teletrabalho e também o trabalho por plataformas eletrônicas, aqui incluído o trabalho intermitente por gestão digital ou algorítmica. Todas estas modalidades constituem a reconfiguração das formas de trabalho, executadas por meios telemáticos, através de tecnologias de informação e comunicação, via plataformas digitais, sobretudo as que utilizam "smartphones" associados a algum tipo de meio de transporte, seja automóvel, motocicleta ou bicicleta e até patinete, bem como as da denominada indústria 4.0, têm por base a prática da remuneração abaixo do seu valor, constituindo-se em desmedida exploração do trabalho humano, pois submete o trabalhador a longas jornadas, já que neste tipo de trabalho não se remunera o tempo à disposição do empresário em que o trabalhador permanece aguardando ordens, mas tão somente o tempo efetivamente trabalhado, impondo a permanência quase ininterrupta

---

turo do Trabalho: ***os efeitos da revolução digital na sociedade. Organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti e Vanessa Patriota da Fonseca. ESMUP, Brasília, 2020, p. 417-429.***

15 BARROSO, Fábio Túlio. Trabalho via aplicativos: subordinação virtual e reconhecimento de vínculo empregatício. Presente, futuro ou passado? *Direito do Trabalho:* ***inovações legislativas e suas novas caracterizações. Fábio Túlio Barroso Organizador. 1ª ed. FASA, Recife, 2019, p. 145.***

no trabalho e a contínua conexão com a plataforma *on line* para poder gerar renda minimamente interessante, apesar do argumento das empresas de que existe autonomia do trabalho porque há a possibilidade de desconexão.

O problema começa a surgir quando o trabalho humano é organizado e executado por meio de plataforma digital, que precifica o trabalho (com valores fixos ou variáveis), distribui, avalia o serviço, interfere na execução, fiscaliza ou vigia eletronicamente o trabalhador e este, à medida que vai cumprindo ou não as ordens e metas, passa a ser cobrado pelo dispositivo digital com mensagens automáticas aparentemente inofensivas, até motivacionais, mas que sutilmente induzem a trabalhar e incutem o temor de não atingir o que dele se espera, perdendo a autonomia e transformando-se em presidiário da vigilância panóptica, de Jeremy Bentham,[16] tudo sendo feito de forma não presencial, através de algoritmos e robôs sofisticados – inteligência artificial - que processam grande quantidade de dados e informações e são capazes de tomar decisões baseados no que seria o comportamento humano, o que configura a subordinação e faz surgir o vínculo de emprego, principalmente como trabalho intermitente.[17] As modernas tecnologias de informação e comunicação, largamente utilizadas como novos modelos de negócios, trouxeram não apenas para o âmbito do Direito do Trabalho, mas também do Direito Constitucional, a discussão sobre a autonomia do trabalho executado através de meios telemáticos e se as normas constitucionais e trabalhistas alcançam essas relações contratuais. Empresas que se valem dessas tecnologias afirmam que os serviços prestados por esses trabalhadores e trabalhadoras não se submetem à proteção trabalhista nem existe cobertura social justamente porque o traço principal da contratação seria a liberdade e a autonomia individual da vontade, tratando-se de típica relação de direito privado, não podendo o Estado interferir.

O problema não se encerra aqui, pois falhando o argumento da autonomia e da liberdade, entra em cena a ameaça de que qualquer trabalho, sejam quais forem as condições, ainda é melhor do que trabalho nenhum. A inteligência artificial e os robôs que aprendem (*machine learning*), o chamado aprendizado profundo das máquinas emulando a inteligência humana, os novos sensores, a bioengenharia, tudo isso não está apenas mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos,[18]

---

16 ***WOODCOCK, Jamie. O panóptico algorítmico da Deliveroo: mensuração, precariedade e a ilusão do controle.*** *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0.* ***Organização Ricardo Antunes. Boitempo, São Paulo, 2020, p. 23-45.***

17 ***CARELLI, Rodrigo Lacerda. O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei.*** *Futuro do Trabalho****: os efeitos da revolução digital na sociedade. Organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti e Vanessa Patriota da Fonseca. ESMUP, Brasília, 2020, p. 65-83.***

18 ***SCHWAB, Klaus.*** *A quarta revolução industrial.* ***Trad. Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2019.***

pois com a ampliação das tecnologias tem sido inevitável o desaparecimento de vários postos de trabalho e profissões até então aparentemente consolidadas. A inteligência artificial associada ao *big-data* está conduzindo a passos largos à irrelevância ou à desnecessidade do trabalho humano para a economia, sendo esta luta muito mais difícil do que combater a exploração. O argumento da desnecessidade do trabalho humano no futuro não é novo. Pode-se afirmar que o futuro sombrio já chegou, e que é muito mais difícil lutar contra a irrelevância do que contra a exploração.[19]

Mas a desnecessidade do trabalhador não está adstrita aos colaboradores da Uber hoje, como a previsão dos veículos autônomos. Os entregadores de comida também estão, uma vez que o serviço de *delivery* já pode ser feito por drones, inclusive no Brasil, reduzindo o tempo de entrega.[20] O *big data* e algoritmos de escala exponencial são verdadeiras armas de destruição matemática, que aumentam as desigualdades e chegam a ameaçar a democracia. Apesar de toda sofisticação, contudo, esses modelos matemáticos sempre se baseiam nas informações com as quais são alimentados, portanto, escolhas feitas por seres humanos falíveis e, por melhores que sejam as intenções, ainda assim refletem preconceito, equívocos e vieses.[21] Harari demonstra que a inteligência artificial está tão desenvolvida que hoje, no modelo das cidades compartilhadas (*shared city*), condutores de veículos tendem a obedecer a rota indicada nos aplicativos a confiar em si mesmos, pois quando tentam fazer isso, normalmente encontram o motivo do caminho diferente sugerido pelo Google Maps.[22]

A indústria 4.0 ou a quarta revolução industrial já é realidade no Brasil e no mundo. Para a compreensão do fenômeno – no que aqui interessa –, menciona-se a combinação de tecnologias avançadas, como a internet das coisas, inteligência artificial, robótica avançada e computação em nuvem, fazendo com que computadores e máquinas sejam cada vez mais inteligentes, permitindo a comunicação entre eles para escolha de soluções e tomada de decisões, fruto do aprendizado decorrente do acúmulo de informações capaz de reproduzir comportamentos e emular pensamentos humanos. Isso tudo vem impactando, transformando e causando profundas mudanças nos modelos de negócios das empresas e na oferta de trabalho, cada vez mais escassa, até mesmo no campo,

19 ***HARARI, Yuval Noah.*** *21 lições para o século 21.* ***Trad. Paulo Geiger. Companhia das Letras, São Paulo, 2020, p. 15, 28, 58-63 e 101.***

20 ***Delivery de comida por drone: em primeiro teste realizado no Brasil, equipamento de 6 motores reduz trajeto de 12 para 2 minutos. Site de notícias G1, de 19.03.2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2020/09/13/area-exclusiva-entrega-em-dois-minutos-e-seis-motores-veja-como-foi-o-primeiro-teste-de--delivery-de-comida-por-drone-do-brasil.ghtml.***

21 ***O'NEIL, Cathy.*** *Algoritmos de destruição em massa:* ***como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. Rafael Abraham. Editora Rua do Sabão, São Paulo, 2020, p. 8.***

22 ***HARARI, Yuval Noah.*** *21 lições para o século 21.* ***Trad. Paulo Geiger. Companhia das Letras, São Paulo, 2020, p. 81.***

onde a agricultura vem sendo rapidamente transformada por sofisticada mecanização eletrônica, desde a escolha de sementes, o plantio até a colheita, acelerando mudanças de formato e lógica.[23]

A automação das indústrias, robotizando processos e tarefas nas fábricas, a mecanização do trabalho agrícola, com plantio e colheita feitos por máquinas de alta tecnologia e guiadas por GPS e os serviços cada vez mais intermediados por aplicativos tem modificado profundamente as relações de trabalho e, a cada dia, reduzido o número de postos de trabalhos convencionais, tornando o desemprego algo estrutural; além disso, o ócio não tem sido necessariamente criativo, estreitando amizades e ampliando laços de convivência, dedicação ao lazer e atividades lúdicas combinadas ao trabalho.[24] O que desponta é o trabalho por meio digital, que assume o protagonismo e a única semelhança que guarda com o lúdico é sua gamificação, aplicando mecanismos e estratégias de jogos no ambiente empresarial, sem que se dê conta da permanente conexão em rede e com o trabalho. De fato, Uber, Lyft, 99 app, Cabify, MeLeva, Femitaxi, Easy Táxi, Vah, Rappi, Uber Eats, iFood, Loggi, Apptite, dentre outras, são empresas que não se responsabilizam pelos riscos do empreendimento ou da atividade e são resultado de tecnologia disruptiva, que desorganiza modelos tradicionais de negócios e categorias profissionais, impondo a desregulação trabalhista e tributária.[25] O discurso da liberdade para aceitar ou não as condições do contrato, que não é de trabalho, isenta a empresa por plataforma digital de qualquer obrigação, pois até os instrumentos e insumos para execução do trabalho, como manutenção, combustível, tudo fica a cargo do trabalhador. As plataformas digitais simplesmente não querem se submeter a nenhum tipo de regulação, afirmando que são empresas de tecnologia e que não podem ser controladas pelo ordenamento jurídico existente, erodindo as relações de trabalho e sustentando que o melhor mesmo é deixar em suas mãos a solução através da autorregulação. É dizer, querem o melhor dos mundos, no máximo admitindo a autorregulação controlada.

Apesar da ocupação precária e das péssimas condições de trabalho,[26] os índices de desempregados no Brasil, segundo o Governo, têm sido combatidos com a oferta desses postos de trabalho, cujos dados são contabilizados a favor dos números oficiais, colocando esses trabalhadores precarizados como pessoas ocupadas. Isto diminui as estatísticas

23 ***SCHWAB, Klaus.*** *A quarta revolução industrial.* ***Trad. Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2019.***

24 ***MASI, Domenico de.*** *O ócio criativo:* ***entrevista a Maria Serena Palieri; trad. Lea Manzi. Sextante, Rio de Janeiro, 2000.***

25 ***SLEE, Tom.*** *Uberização:* ***a nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. Editora Elefante, São Paulo, 2017, p. 22.***

26 ***PRAUN, Luci; ANTUNES, Ricardo. A demolição dos direitos do trabalho na era do capitalismo informacional-digital.*** *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0.* ***Ricardo Antunes - Organizador. Boitempo, São Paulo, 2020, p. 179-192.***

de desemprego, mas não considera a qualidade destes postos de trabalho, num mercado onde quase todos os trabalhadores e trabalhadoras são colocados como *freelancers*, resultado da inovação tecnológica, e passam a receber os mais diversos nomes, como motoristas, colaboradores, ciclistas, parceiros, sendo tratados com certa pretensão de liberdade e autonomia, já que no Brasil existe a cultura de espelhamento com os EUA, onde tais trabalhadores são conhecidos como *workers*, *taskers*, *rides*, porém sofrendo as consequências da exploração de sempre. Como esse tipo de trabalho tem estreita afinidade com a geração jovem, conhecida como *millennials* ou geração *Y*, assim considerada aquela nascida entre os anos de 1980 e começo dos anos de 2000, que tem realmente uma forma diferente de encarar a vida, hiperconectada à internet e com personalidade que se confunde com a vida digital, a geração das redes sociais, das compras e dos jogos *on line*, onde tudo de importante na vida acontece na tela de um *smartphone*, também é, por outro lado, a que está em busca de um ou do primeiro emprego e, portanto, distante da percepção da velhice e da preocupação com aposentadoria.

Nesse novo modelo capitalista e formato de negócios, ao contrário, além de não assumir nenhum risco próprio da atividade, a plataforma digital calcula o preço, apropria-se de grande parte do valor extraído do trabalhador, do preço do serviço executado ou da atividade cumprida, dirige a prestação do serviço, fiscaliza o trabalho, o que faz cair por terra o argumento de que apenas liga o consumidor e prestador do serviço ou que oferece o bem de consumo, retendo tão somente o custo da transação. Isto não é verdade. Pelo menos não nesses termos. Motoristas *parceiros* são suspensos arbitrariamente por alguns dias por qualquer motivo, podendo ser uma mudança de rota para tornar a viagem mais segura ou até uma simples insatisfação de um cliente queixoso.

Como o deus romano Janus, como olhos voltados para o presente bispando o futuro e ao mesmo tempo vendo o passado, o desafio de Hermes, ou seja, da hermenêutica, é enlaçar os fatos atuais ao Direito vigente e desatar os nós do presente, para entender a construção que se pretende nova e muito moderna, ao ponto de reivindicar a obsolescência não só do Direito do Trabalho, mas de qualquer forma de regulação e que, por isso mesmo, não seria mais adequada para regência, prevenção e solução de conflitos havidos nessas relações de trabalho, nos novos modelos empresariais, na nova economia baseada no conceito de multidão e não mais no contrato de trabalho típico envolvendo empregado e empregador, predominando hoje os arranjos do compartilhamento através de plataformas digitais ou novos meios tecnológicos, trabalho sob demanda.

3. As iniciativas no âmbito do poder legislativo brasileiro

Tramitam hoje no Congresso Nacional mais de 40 projetos de lei com o objetivo de regulamentar essa nova modalidade de trabalho. Seguindo a tendência conhecida como terceira via, em julho de 2020, a Deputada Federal Tabata Amaral (PDT-SP), apresentou na Câmara dos Deputados Projeto de Lei que visa regulamentar o regime de trabalho sob demanda, que leva o nº 3748/2020.[27] O PL, caso venha a ser aprovado, tornando-se lei, estabelece critérios de proteção ao trabalho sob demanda e certa cobertura social, como seguro desemprego, licença maternidade e paternidade, sendo os trabalhadores que prestem serviços nesta modalidade filiados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS na qualidade de segurado empregado, cuja inscrição será feita pela plataforma, remetendo ao Regulamento as disposições.

Também o Senador Randolfe Rodrigues (REDE-AP), em 19.03.2021, apresentou projeto de lei que modifica a CLT para garantir aos motoristas de aplicativos e entregadores com bicicleta ou outros meios de transportes, salário mínimo por hora, férias remuneradas anuais de 30 dias, com valor calculado com base na média da remuneração mensal dos últimos doze meses acrescida de 1/3, descanso semanal remunerado, com valor calculado com base na média da remuneração dos seis meses anteriores ao gozo do descanso e outros decorrentes de acordos ou convenções coletivas.[28]

4. Solução encontrada em países da europa

O que seriam, afinal, os motoristas da Uber? Definitivamente, muito embora não sejam tais trabalhadores empregados típicos - *employees* -, ao que parece também não podem ser considerados autônomos ou contratados independentes – *independent contractors*. O assunto ganhou contorno mundial e alguns países já encontraram ou apontaram solução, não sendo o objetivo aqui afirmar se existe vínculo empregatício ou não, mas convém mencionar a rica discussão travada em alguns países.

Parece pacificado o entendimento entre os países da União Europeia de que esses trabalhadores por plataformas digitais estão numa espécie de zona cinzenta, porque são trabalhadores autônomos, porém economicamente dependentes, como na categorização

27 ***BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa.*** *Projeto de Lei nº 3748/2020*, ***de iniciativa da Deputada Federal Tabata Amaral (PDT-SP). Ementa: institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda. (2020a). Disponível em:*** https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257468.

28 ***BRASIL. Senado Federal. Atividade legislativa***. *Projeto de Lei n° 974, de 2021*, ***de iniciativa do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP). Assunto: Social - Trabalho e Emprego. Disponível em:*** https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147606.

da Espanha, situação muito semelhante à encontrada em Portugal, basicamente concluindo que a Uber não é uma empresa de tecnologia, mas sim de prestação de serviços de transporte de passageiros, mas seus motoristas, conquanto não sejam taxistas empregados, também não são trabalhadores autônomos. Estudando a assim chamada zona cinzenta do emprego, Azaïs *et all* analisam os argumentos de Alain Supiot e tomam por empréstimo a noção de espaço público de Habermas para descrever o teatro, o cenário, seus atores e o papel dos interessados, com confrontações e concessões recíprocas.[29]

5. A decisão da suprema corte do reino unido

No Reino Unido, a polêmica sobre se os motoristas da Uber seriam empregados, com a cobertura completa de direitos de um típico trabalhador subordinado (*employees*), onde os algoritmos dirigem a prestação do serviço,[30] se seriam trabalhadores autônomos (*independent contractors*), tipo *freelancers*, ou se estariam num patamar intermediário, não sendo empregados mas também não podendo ser considerados puramente autônomos, foi resolvida pela Suprema Corte, em fevereiro de 2021, fixando-os na categoria dos *workers*, encontrando solução na seção 230 do *Employment Rights Act* de 1996, entendendo que são trabalhadores integrantes de uma categoria profissional, espécie de terceiro gênero, denominados *workers*, passando a ter direito a salário mínimo, férias anuais e cobertura previdenciária.[31] Em suas notas sobre esta emblemática decisão no caso Uber, De Stefano destaca que a Suprema Corte do Reino Unido capturou perfeitamente tanto o ponto central da demanda quanto a essência do debate global sobre as plataformas digitais, possuindo a virtude de desmistificar a narrativa baseada na ideia de que elas eram um modelo de trabalho inteiramente novo, tornado possível pela tecnologia, e que não poderiam ser submetidas à mesma regulação dos modelos de negócios tradicionais

Essas empresas insistem em afirmar que seu modelo (plataformas digitais) não é compatível com os sistemas de proteção ao trabalho existentes e que elas próprias, por suas peculiaridades, estariam melhor equipadas para determinar que tipo de proteção

29 ***AZAÏS, Christian; DIEUAIDE, Patrick e KESSELMAN, Donna. Zona cinzenta do emprego, poder do empregador e espaço público.*** *Futuro do Trabalho*: ***os efeitos da revolução digital na sociedade. Organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti e Vanessa Patriota da Fonseca. ESMUP, Brasília, 2020, p. 441-458.***

30 ***DE STEFANO, Valerio. Automação, inteligência artificial e proteção laboral: patrões algorítmicos e o que fazer com eles. Trad. Rodrigo Carelli.*** *Futuro do trabalho:* ***os efeitos da revolução digital na sociedade. Org. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. ESMPU, Brasília, 2020, p. 61-21.***

31 ***UKSC THE SUPREME COURT.*** *Judgment Uber and others (Appellants) v Aslam and others (respondents).* ***Judgment given on 19 February 2021 Heard on 21 and 22 July 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf.***

poderiam assegurar aos trabalhadores (embora não os chame assim, mas motoristas, parceiros, *taskers* - capatazes, *riders* – ciclistas).[32] A discussão ganha ares de novidade partindo da terminologia utilizada para essas denominadas novas formas de trabalho, como *colaborador*, *empreendedor*, *parceiro*, enquanto que no plano da realidade fática o que ocorre é a mera transformação dos métodos de execução do trabalho. De novidade, há apenas a tecnologia utilizada como meio de gestão do trabalho humano.

6. O núcleo conceitual de subordinação jurídica e a densificação de seu conteúdo

Como o Direito regula a conduta humana, a unidade de seu sistema de normas é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade[33] e, conquanto busque e prometa segurança jurídica, não é infenso ao inevitável movimento da vida e sua dinâmica transformadora de realidades aparentemente assentadas, consolidadas pelo tempo. Isso demonstra que as relações de trabalho não são estáticas e seguem a dinâmica da economia. Como essas relações são reguladas pelo Direito, como produto cultural, nem sempre estão seguras na ancoragem dos códigos e das leis. A dificuldade é que as palavras comportam uma multiplicidade de sentidos e, sendo o Direito linguagem, nem sempre consegue resolver essas polissemias.

Na lição de Engisch, por conceito indeterminado, assim entendido aquele cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, e que "os conceitos absolutamente indeterminados são muito raros no Direito, pode-se distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual, e sempre que se tem uma noção clara do conteúdo da extensão de um conceito, está-se no domínio do núcleo conceitual. Onde as dificuldades começam, começa o halo do conceito".[34] Mas essa característica do Direito deve servir a todos e não apenas beneficiar a alguns poucos, sobretudo os detentores do poder econômico que costumam se apropriar dessas narrativas e impor suas ideias como sendo o melhor direito. Muito se tem escrito e falado sobre a necessidade de revisão ou até mesmo uma nova conceituação sobre a subordinação jurídica no Direito do Trabalho ou para o contrato de trabalho, já que hoje, diante das novas tecno-

---

32 ***DE STEFANO, Valerio. Regulation is not an À la Carte menu: insights from the Uber judgment. Trad. Roberta Vancep Harop.*** *Uk Labor Law*, ***March 2, 2021. Disponível em:*** https://uklabourlawblog.com/2021/03/02/regulation-is-not-an-a-la-carte-menu-insights-from-the-uber-judgment-by-valerio-de-stefano/

33 ***KELSEN, Hans.*** *Teoria pura do direito.* ***Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. Editora WMF Martins Fontes – São Paulo, 2009, p. 33.***

34 ***ENGISCH, Karl.*** *Introdução ao Pensamento Jurídico.* ***10ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008, p. 208-209.***

logias, o trabalho tem sofrido profundas mudanças e a subordinação em seus contornos atuais deveria comportar novos elementos ou pelo menos ser melhor compreendida.

Organização da empresa, direção do trabalho e poder disciplinar sofreram profundas e rápidas mudanças. A direção do trabalho não é mais presencial, a vigilância não é mais física, tudo agora é digital, as empresas se organizam negando a condição do ramo de negócio que exploram afirmando tratar-se de empresa de tecnologia e não prestadora de serviços, mas até a punição por ato faltoso se dá por meio de informações alimentadas por clientes e consolidadas através de algoritmos.

Tanto quanto inegável tem sido o esforço da doutrina e da jurisprudência em conceituar a subordinação, é a falta de consenso sobre o tema, uma vez que a lei não cuidou de fazê-lo, apesar de algumas vezes mencioná-la na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, como nos arts. 6º, parágrafo único, 443, § 3º e 452-A, § 3º. A CLT acentua que o empregador é "a empresa individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço" (art. 2º), enquanto que empregado, nos termos do art. 3°, é "toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".[35]

No caso dos motoristas por aplicativo, de fato, voluntariamente se cadastram nas plataformas, possuem certa margem de autonomia ao mesmo tempo em que mantêm elevado grau de dependência, podem se cadastrar em várias delas ao mesmo tempo, aceitar demandas ou mesmo ficar *off line* e definir a carga de trabalho e a jornada,[36] mas também é importante afirmar que mesmo assim estão caracterizados os pressupostos da relação de emprego, conforme parágrafo único do art. 6º da CLT, na redação da Lei nº 12.551, de 2011. Esta interpretação reafirma o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

A clássica dicotomia entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, como macrodivisão do trabalho, foi originalmente concebida pelos italianos.[37] Esta classificação parece estar superada, existindo hoje o que a literatura jurídica tem chamado de zona

---

35 ***BRASIL.*** *Consolidação da Leis do Trabalho* ***- CLT. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.***

36 ***RODRIGUES, Maurício Pallotta.*** *Contratação na multidão e a subordinação algorítmica.* ***Editora Mizuno, Leme, SP, 2021, p. 46.***

37 ***Coube a Lodovico Barassi, o que já foi mostrado em sua célebre monografia Il contrato di lavoro nel diritto positivo ilataliano (1901), apontar a subordinação do locator operarum perante o empregador, o traço identificativo da locatio operarum. A suborbinação está no Códice Civile da Itália (1942), que no Livro Quinto difere prestarore di lavoro subordinato (art. 2.094) do lavoro autonomo (art. 2.222). Mereceu na doutrina peninsular obras específicas, destacando-se as de Domenico Napoletano, Il lavoro subordinato (1955) e Vicenzo Cassí, La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro (1947). NASCIMENTO, Amauri Mascaro.*** *Curso de Direito do Trabalho.* ***21ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 429-430.***

cinzenta, algo intermediário entre o trabalho subordinado com a típica relação de emprego e todos os seus direitos e carga de obrigações e o trabalho autônomo com ampla liberdade sobretudo de horários, porém mantendo o antigo traço da dependência econômica e mascarando a subordinação jurídica por meio da inovação e da tecnologia, não parece adequado simplesmente afirmar que o Direito do Trabalho não possui regramento para enfrentar esse novo e desafiador momento da utilização das tecnologias de comunicação e informação nas relações de trabalho.

Nos dias atuais a inteligência artificial tem substituído os modos tradicionais de controle pela fiscalização algorítmica, que, alimentada por informações precisas, não apenas direciona o trabalho, como avalia a qualidade dos serviços executados, apesar do discurso da autonomia e independência do trabalhador. Esta é mais uma arma de destruição matemática e qualquer semelhança entre a vara e a cenoura terá sido mera coincidência.[38]

A tecnologia permite que o empregador acompanhe em tempo real a execução do trabalho, onde quer que esteja o trabalhador. A subordinação, portanto, é virtual e a fiscalização do trabalho também. Mas não só, existe ainda a chamada subordinação digital, que é aquela feita por algoritmos ou robôs, que de acordo com os dados que alimentam sua base de informações, muito se assemelha à fiscalização humana. Seguindo a tendência da decisão da Suprema Corte do Reino Unido, que aplicando ao caso Uber a categoria intermediária *worker*, não poucos autores defendem a necessidade de criação de um terceiro gênero de relação de trabalho, entre o emprego típico e o trabalhado autônomo, como faz Zipperer, que estuda a parassubordinação do Direto italiano e demonstra a dificuldade da utilização da colaboração coordenada e contínua desse modelo, concluindo que nem na Itália conseguiu produzir resultados positivos e que hoje vive uma fuga da parassubordinação. O fato é que o caso Uber reacendeu a discussão já esmaecida, iniciada na Itália em 1959, entre idas e vindas,[39] tendo a jurisprudência dos tribunais brasileiros rechaçado o argumento,[40] o mesmo fazendo boa parte da doutrina.[41] Até mesmo a chamada subordinação estrutural – que compreende que a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador

---

38 ***O'NEIL, Cathy.*** *Algoritmos de destruição em massa*: ***como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. Rafael Abraham. Editora Rua do Sabão, São Paulo, 2020, p. 17.***

39 ***ALVES, Eliete Tavelli***. *Parassubordinação e uberização do trabalho*: ***algumas reflexões. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 11-12.***

40 ***NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Parassubordinação: o meio termo entre o empregado e o autônomo.*** *Conjur,* ***18.11.2015. Disponível em:*** https://www.conjur.com.br/2015-nov-18/parassubordinacao-meio-termo-entre-empregado-autonomo.

41 ***ZIPPERER, André Gonçalves.*** *A intermediação de trabalho via plataformas digitais:* ***repensando o Direito do Trabalho a partir das novas realidades do século XXI. LTr, São Paulo, 2019, p. 115-125.***

do serviço, tornando irrelevante se recebe ordens diretas ou não - perdeu musculatura no Brasil com a curiosa teoria do infinito, pondo fim à razoabilidade da tese,[42] demonstrando a toda evidência a escolha por uma interpretação restritiva, quando poderia densificar conceitualmente a subordinação jurídica para reconhecer que a submissão do trabalhador ao poder direção também pode ocorrer através de algoritmos.

7. As decisões do tribunal superior do trabalho e superior tribunal de justiça

No Brasil a discussão tem sido acalorada e se a solução fosse fácil não estaria causando tanta polêmica.

O TST tem reafirmado a fundamentação de que os elementos caracterizadores da relação de emprego são apenas os previstos na CLT, entendendo que o fato de as empresas estabelecerem diretrizes e aferirem resultados não implica a existência de subordinação jurídica, e a chamada subordinação estrutural não é elemento caracterizador da relação de emprego, nos termos da decisão da 4ª Turma de 14 de abril de 2021, no processo TST-RR-181500-25.2013.5.17.0008, em que fora relator o Ministro Caputo Bastos. O caso envolve corretores de imóveis e empresa imobiliária, mas não tardou para servir de munição para os que insistem no estreito argumento da subordinação jurídica, transpondo literalmente palavra por palavra para os trabalhadores por plataformas digitais, podendo perfeitamente a empresa supervisionar e determinar a forma de execução das atividades.[43]

Neste caso, fazer comparação entre corretores de imóveis e motoristas de uber e entregadores de comida é algo no mínimo cruel. O argumento chega a ser perverso, pois não se pode comparar em valores reais as comissões pagas pelas imobiliárias aos corretores de imóveis e o que Uber, 99 app, Uber eats, iFood, Rappi e tantas outras plataformas eletrônicas de trabalho pagam aos seus colaboradores. Comparar corretor de imóveis e sustentar autonomia de trabalho frente a trabalhadores uberizados, em sentido genérico, é, *mutatis mutandis*, o mesmo que comparar um avião a uma bicicleta, apenas porque os dois possuem rodas.

Em pelo menos três processos, em decisões de Turmas, o TST já decidiu pela ine-

---

42 ***RODRIGUES, Maurício Pallotta.*** *Contratação na multidão e a subordinação algorítmica.* ***Editora Mizuno, Leme, SP, 2021, p. 45-63.***

43 ***BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma*** *– RR-181500-25.2013.5.17.0008* ***– relator Ministro Caputo Bastos. J. 14.04.2021. Disponível em:*** file:///C:/Users/casa/AppData/Local/Temp/RR-181500-25_2013_5_17_0008-1.pdf.

xistência de qualquer vínculo trabalhista, como se colhe do julgamento do AIRR-10575-88.2019.5.03.0003 - 4ª Turma, relator ministro Alexandre Luiz Ramos, que afastou o vínculo de emprego em processo originário de Minas Gerais – TRT da 3ª Região, caso julgado em 09.09.2020, entendendo que a relação era de transportador autônomo – Lei nº 11.442/2007.[44] Também da 4ª Turma é a decisão de 02.03.2021 em sede de recurso de revista (Proc. nº 10555-54.2019.5.03.0179), relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, que não reconheceu vínculo de emprego entre motorista de aplicativo e a empresa a empresa provedora da plataforma de tecnologia por ausência de subordinação jurídica.[45]

Em processo originário de São Paulo, TRT da 2ª Região, que entendeu presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego constantes do art. 3º da CLT, na primeira e na segunda instâncias, no recurso de revista (proc. nº 1000123.89.2017.5.02.0038 – 5ª Turma), em 25.11.2020, também foi negado o reconhecimento de qualquer vínculo trabalhista entre Uber e motorista, decisão unânime, caso julgado em 05.02.2020, relator Ministro Breno Medeiros.[46]

Na 3ª Turma do TST, encontra-se suspenso desde 02.12.2020, o julgamento do RR 100353-02.2017.5.01.0066, relator Ministro Maurício Godinho Delgado, que já sustentou em seu voto que a Lei nº 12.551, de 2011, ao modificar a redação do "caput" do art. 6º da CLT e nele incluir o parágrafo único, deixou claro não haver distinção "entre trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que presentes os pressupostos da relação de emprego" e que "os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão de trabalho",[47] pelo que os meios digitais se equiparam às ordens diretas, reconhecendo presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego e declarando o vínculo trabalhista entre motoristas e a Uber. Todavia, os ministros Alexandre de Souza Agra Belmonte e Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira pediram vista dos autos e o julgamento do processo foi suspenso.[48]

44 ***BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma.*** *AIRR-10575-88.2019.5.03.0003* ***- relator ministro Alexandre Luiz Ramos. Julg. em 09.09.2020. Disponível em:*** file:///C:/Users/casa/AppData/Local/Temp/AIRR-10575-88_2019_5_03_0003.pdf.

45 ***BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma -*** *RR 10555-54.2019.5.03.0179****, relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. J. 02.03.2021. Disponível em:*** http://celioneto.adv.br/wp-content/uploads/2021/03/Voto-UBER-RR-10555-54.2019.5.03.0179-6223090.pdf

46 ***BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma -*** *Proc. 1000123.89.2017.5.02.0038****, relator Ministro Breno Medeiros. J. 05.02.2020. Disponível em:*** file:///C:/Users/casa/AppData/Local/Temp/RR-1000123-89_2017_5_02_0038.pdf

47 ***BRASIL.*** *Consolidação da Leis do Trabalho* ***- CLT. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.***

48 ***BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma -*** *RR 100353-02.2017.5.01.0066****, relator Ministro Maurício Godinho Delgado. J. suspenso em 02.12.2020. Disponível em:*** http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/

7.1 A atravessada decisão do Superior Tribunal de Justiça

Enquanto se discute no âmbito do TST se existe ou vínculo de emprego entre motoristas e a Uber, definindo claramente a competência absoluta da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a matéria, o Superior Tribunal de Justiça atravessou decisão no conflito de competência nº 164.544-MG, mencionando expressamente *sharing economy*, baseado na tese da inexistência da relação de emprego entre motorista por aplicativo e plataforma digital de trabalho, decidiu que a ação judicial promovida por motorista de Uber, tratando-se de trabalhador autônomo, deve ser endereçada à Justiça Comum, conforme acórdão da Segunda Seção do STJ, relator Ministro Moura Ribeiro.[49]

Esta decisão do STJ ignora a Constituição Federal de 1988, quando através da Emenda Constitucional 45, de 2004, atribuiu à Justiça do Trabalho competência para conhecer e julgar as demandas envolvendo não apenas a relação de emprego, como mais amplamente a relação de trabalho, conforme art. 114, I.[50]

7.2 As decisões monocráticas de ministros do TST

Nos últimos dias, foi acrescido novo ingrediente à já ruidosa discussão sobre a uberização do trabalho, quando duas decisões monocráticas de Ministros do TST acolheram a recusa da empresa Uber de realização de prova técnica pericial em seu sistema algorítmico, não permitindo invadir o que alega ser segredo comercial e que, acaso quebrado seu sigilo, estaria aberto à concorrência seu modelo de negócio.

Escrevendo sobre os desdobramentos do caso Facebook-Cambridge Analytica, Pasquale adverte que as mesmas empresas que usam algoritmos sofisticados para monitorar e manipular as pessoas se escondem atrás do segredo comercial quando são chamadas a prestar contas, e de quando em quando são feitas denúncias que abrem janelas sobre o funcionamento opaco da nova economia digital.[51]

Casagrande destaca que enquanto tribunais do mundo protegem trabalhadores de

consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar.

49 ***BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ.*** *Conflito de Competência nº 164.544-MG,* ***relator Ministro Moura Ribeiro. J. 28.10.2019. Disponível em:*** https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859430549/conflito-de-competencia-cc-164544-mg-2019-0079952-0/inteiro-teor-859430559?ref=serp.

50 ***BRASIL.*** *Constituição da República Federativa do Brasil* ***de 1988. Disponível em:*** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

51 ***PASQUALE, Frank. Desdobramentos do caso Facebook-Cambridge Analytica: é preciso acabar com o tráfico de dados.*** *Le Monde diplomatique Brasil,* ***- Edição 130, 2 de maio de 2018. Disponível em: https://diplomatique.org.br/e-preciso-acabar-com-o-trafico-de-dados/.***

aplicativos, o TST adota postura retrógrada,[52] e menciona decisão da Justiça laboral da Austrália que reconheceu vínculo de emprego entre o trabalhador brasileiro Diego Franco e a plataforma de entrega de comidas para a qual trabalhava na Austrália desde 2016, usando bicicleta e depois uma moto. A decisão de 2020 avaliou algoritmos de performance da empresa que desligou o trabalhador porque supostamente demorava a fazer as entregas quando comparado com seus colegas, sendo afirmada a condição de empregado e declarado ilegal o término do contrato de trabalho comunicado por e-mail.

O Brasil está na contramão do mundo diante dos desafios do século XXI, assumindo o TST a posição de blindar as empresas[53] que exploram o trabalho via plataforma digital, entendendo não ser possível a realização de perícia técnica em algoritmo, como na recente decisão da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, na tutela cautelar antecedente – proc. 1000825-67.2021.5.00.000, de 28.05.2021, em que figura como requerente a Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e requerido o Juízo da 80ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, sendo terceiro interessado Carlos Cesar Gonçalves Ventura, dando efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto contra decisão do TRT da 1ª Região em mandado de segurança que denegou a ordem de suspender a realização de perícia técnica no algoritmo utilizado no aplicativo da empresa, como o objetivo de subsidiar o exame da presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego alegada.[54]

O Ministro Douglas Alencar Rodrigues adotou postura de prudência frente ao exame dos objetivos pretendidos com a obtenção das informações a partir da prova pericial, afirmando a possibilidade de riscos da diligência probatória que precisam ser sigilosas, aparentemente fundamentais no segmento empresarial de atuação da Requerente, baseado em tecnologia digital.[55]

Em sede de correição parcial – processo nº 1000822-15.2021.5.00.0000, também em 28.05.2021, foi suspensa pelo TST a análise técnica pericial em algoritmo da

---

52 ***CASAGRANDE, Cássio Luís.*** *Jota,* ***24.05.2021. Disponível em:*** https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/para-uberizados-ja-e-vinculo-de-emprego-na-australia-24052021?utm_campaign=-jota_info__ultimas_noticias__destaques__24052021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station.

53 ***CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O enviesamento de conceitos básicos sobre a uberização: o Poder Judiciário brasileiro mais uma vez na contramão.*** *GGN,* ***04.06.2021. Disponível em: https://jornalggn.com.br/destaque-secundario/o-enviesamento-de-conceitos-basicos-sobre-a-uberizacao-por-rodrigo-de-lacerda-carelli/.***

54 ***BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho.*** *MS 1000825-67.2021.5.00.000,* ***de 28.05.2021. Disponível em:*** https://www.tst.jus.br/web/guest/-/ministro-suspende-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-per%C3%ADcia-t%C3%A9cnica-no-algoritmo-da-uber.

55 ***Ministro do TST suspende perícia técnica em algoritmo da Uber. Tribunal Superior do Trabalho.*** *Correição parcial – processo nº 1000822-15.2021.5.00.0000,* ***dec. 28.05.2021 (2021e). Disponível em:*** https://pje.tst.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000822-15.2021.5.00.0000/3. ***01.06.2021. MS 1000825-67.2021.5.00.000. Disponível em: https://www.tst.jus.br/web/guest/-/ministro-suspende-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-per%C3%ADcia-t%C3%A9cnica-no-algoritmo-da-uber.***

empresa 99 Tecnologia Ltda., decisão monocrática do Ministro Corregedor-Geral Aloysio Silva Corrêa da Veiga, cassando decisão da 73ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro.[56]

Vê-se, portanto, que enquanto tribunais do mundo inteiro protegem trabalhadores de aplicativos, no Brasil os tribunais adotam postura inversa, sendo comum encontrar em acórdãos evidenciando claramente preferência pela livre iniciativa, relegando a segundo plano o valor social do trabalho e a necessidade de proteção jurídica, por mínima que seja.

Em outros países, admite-se a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente, mas no Brasil existe um apego exagerado ao conceito do que vem a ser subordinação, que fica reduzida estritamente à jurídica, uma visão distorcida e reducionista, quase um jogo de ganha tudo ou perde tudo, um jogo de tudo ou nada na interpretação dos elementos de configuração da relação de trabalho.

As decisões judiciais que impedem a realização de perícia em algoritmos das empresas Uber e 99 são curiosas porque vão na direção contrária ao que mais se espera das autoridades públicas, que é justamente determinar, em casos específicos, que retirem a opacidade algorítmica para que se possa desvendar a vigilância constante e a manipulação que é feita através da ausência de transparência na utilização da tecnologia, sendo este o grande desafio do direito nos dias atuais.[57]

8. O direito ao processo justo

O devido processo legal, que evoluiu desde os primórdios do direito germânico, passando ao direito inglês e norte-americano, evidencia a própria evolução do direito constitucional, que nos dias atuais compreende não apenas o sentido processual, procedimental, mas também a dimensão substantiva, tratando-se de cláusula de limitação do poder estatal e até mesmo contra o abuso de poder particular, no âmbito das relações privadas. A cláusula do *due process of law* é nuclear para o direito, devendo ser vista da mais alta posição no ordenamento jurídico, pois dela decorrem vários direitos, garantias e princípios constitucionais, como o processo justo, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, o potencial de produzir provas capazes de influenciar a decisão, a garantia de que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem a rigorosa observação do devido processo legal, adequada fundamentação da decisão judicial, sendo o pressuposto do Estado de Direito.

---

56 ***Tribunal Superior do Trabalho.*** *Correição parcial – processo nº 1000822-15.2021.5.00.0000,* ***dec. 28.05.2021 (2021e). Disponível em:*** https://pje.tst.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000822-15.2021.5.00.0000/3.

57 ***FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados.*** *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.* ***Coordenadores: Gustavo Tepedino, Ana Frazão e Milena Donato Oliva. – São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019ª, p. 23-52.***

A Constituição Federal de 1988 traça relação direta com o processo quando estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, firmando no artigo 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", sendo "assegurado aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (CF 88 art. 5º, inc. LV), sendo garantido às partes a igualdade de tratamento, o direito à ampla defesa, ao contraditório, produção de provas e recursos, sempre na inafastável perspectiva de poder levar aos autos argumentos fáticos e jurídicos capazes de influenciar efetivamente na convicção do julgador, construindo uma decisão em um processo justo e democrático, em respeito ao Estado de Direito.

É importante destacar que no inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 está configurado o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, portanto, a garantia constitucional de acesso à Justiça, não podendo o legislador ou quem quer que seja impedir ou dificultar que o cidadão deduza sua pretensão em juízo, seja ela preventiva ou reparatória, individual ou coletiva.

Nesse sentido, afirma-se a existência do direito fundamental à prova no processo, tratando-se de elemento essencial à conformação de um processo justo,[58] impondo que o legislador e o órgão jurisdicional atentem, no caso aqui analisado, para a distribuição adequada do ônus da prova, sendo a verdade pressuposto ético do processo justo.[59]
A dogmática processual reconhece que a teoria geral da prova abrange outras áreas do conhecimento e não apenas do direito, evidenciando sua interdiciplinaridade, pois envolve decisões humanas, cujo convencimento decorre do exame de várias circunstâncias (de fato ou não), baseado em diversos elementos de prova.[60]

9. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o estabelecimento de presunções relativas

O processo do trabalho possui características que o difere, em certa medida, do processo civil, mas inegavelmente os pontos de afinidade entre ambos são maiores do que os possíveis desencontros.

58 ***CAMBI, Eduardo. Direito fundamental à prova e ônus das partes: aspectos constitucionais e implicações a partir do CPC/2015.*** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná - UFPR.* ***v. 34, 2000, p. 143-159. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1836/1532.***

59 **MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel.** ***Curso de Processo Civil.*** **Teoria Geral do Processo. vol. 1. 4ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2019, p. 543-546.**

60 **DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria.** ***Curso de Direito Processual Civil.*** **vol 2. 14ª ed. Editora Jus Podivm, Salvador, 2019, p. 49.**

Com a reforma introduzida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a Consolidação das Leis do Trabalho passou a adotar critérios idênticos aos previstos no Código de Processo Civil quanto à distribuição do ônus da prova, sendo bastante comparar a redação dos artigos 818, incisos e parágrafos da CLT,[61] com o artigo 373, incisos e parágrafos do CPC de 2015.[62]

Está inscrita na Constituição Federal de 1988 a garantia de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, como se vê do inciso LXIII, do art. 5º, consagrando o *nemo tenetur se detegere*, tendo o CPC no art. 379 preservado o direito da parte de não produzir prova contra si.

Todavia, a Lei nº 8.078, de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, afirma ser "direito básico a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência".[63]

No caso específico do exame de DNA para verificação de paternidade a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, estabelece no artigo 2º-A, § 1º que "a recusa do suposto pai em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório". Recentemente foi promulgada e publicada a Lei nº 14.138, de 16 abril de 2021, que acrescenta o § 2º ao art. 2º-A, da Lei nº 8.560, de 1992, permitindo a realização do exame por pareamento do código genético em parentes consanguíneos do suposto pai.[64]

De fato, parece muito razoável admitir o direito de empresas como Uber e 99, que não permitem a realização de perícia em seus algoritmos para proteger o segredo comercial da empresa, situação processual de *nemo tenetur se detegere*, que tem sido acolhida pelo TST, mas quando essa prova é indispensável à demonstração do fato constitutivo alegado pelo autor, resta estabelecido um desequilíbrio muito grande entre as partes, pelo que, a solução sugerida por Ana Frazão parece ser mesmo a única saída, devendo o julgador nesses casos adotar a presunção relativa das alegações do autor, combinada com o restante do conjunto probatório.[65]

---

61 ***BRASIL.*** *Consolidação da Leis do Trabalho* ***- CLT. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.***

62 ***BRASIL.*** *Código de Processo Civil* ***– CPC. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:*** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art373.

63 ***BRASIL.*** *Código de Defesa do Consumidor* ***– CDC. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:*** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

64 *Regulamento da investigação de paternidade.* ***Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em:*** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm.

65 ***FRAZÃO, Ana. Transparência de algoritmos x segredo de empresa: as controvérsias a respeito das decisões judiciais trabalhistas que determinam a realização de perícia no algoritmo***

No caso da recusa do suposto pai de se submeter ao exame de DNA em ação de investigação de paternidade, a presunção decorre da lei - *ope legis* - e é parcial – *juris tantum*, segundo Súmula 301 do STJ, devendo a apuração do vínculo biológico se dar por aproximação com outras provas em seu conjunto.

Diante da recusa das empresas de realização de exame de tecnologia – prova pericial – em seu algoritmo, a solução é inverter o ônus da prova em favor do trabalhador e aplicar a presunção relativa *open judicis* – por decisão do juiz –, segundo as regras ordinárias de experiência, em harmonia com as demais provas produzidas, ou seja, em conjunto com o contexto probatório.

Afinal, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira protege o segredo comercial ou industrial da empresa, mas também impõe que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e a transparência,[66] como garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, conforme disposição do art. 6º, VI.[67]

Considerações finais

Este artigo foi uma tentativa de dar algumas respostas ao problema suscitado, mas nem de longe teve a pretensão de esgotar o tema, sendo mais uma dentre tantas outras contribuições ao debate, reconhecendo que o Direito assume poderes semelhantes aos de Janus bifronte, devendo olhar para o futuro, mas sem ignorar o passado.

Assim como não se pode defender um ludismo da era digital, também não é certo divinizar a tecnologia ao ponto de desprezar o ser humano, muito menos o será demonizá-la, negando seus benefícios.

Hoje, nas plataformas digitais, os trabalhadores ficam à espera de um chamado, de uma convocação do aplicativo e aceitam o preço imposto pela empresa pelo seu trabalho. Além da precificação, seja fixa ou variável, a escolha ainda é dos mais hábeis e mais resistentes através da pontuação que o cliente faz após a conclusão do serviço, alimentando a base de dados do algoritmo pela quantidade de tarefas executadas, satisfação do cliente, tempo e rota.

Tem sido importante a construção doutrinária, jurisprudencial e até legislativa

---

da Uber. *Jota,* ***09/06/2021. Disponível em:*** https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/transparencia-de-algoritmos-x-segredo-de-empresa-09062021?utm_campaign=jota_info__ultimas_noticias__destaques__09062021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station

66 ***FRAZÃO, Ana. Capitalismo de vigilância e*** *black box society.* ***Jota, 28/02/2019b. Disponível em:*** https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-vigilancia-e-black-box-society-28022019.

67 ***BRASIL.*** *Lei Geral de Proteção de Dados* ***– LGPD. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em:*** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

em alguns países, do contrato híbrido, sendo que no Brasil esses trabalhadores nem seriam empregados típicos, tampouco seriam autônomos, mostrando-se razoável a tese do Ministro do TST Maurício Godinho Delgado de inclusão desses trabalhadores na previsão do art. 6º, parágrafo único da CLT, com direitos trabalhistas proporcionais ao tempo trabalhado e cobertura social. Mas nem mesmo essa solução intermediária parece palatável aos demais ministros.

A LGPD brasileira, ao mesmo tempo em que protege o segredo comercial ou industrial, também assegura o direito à transparência do trato dos dados pessoais, afastando a opacidade no modo de utilização dessas informações. Fica evidente, portanto, que, pela distribuição dinâmica do ônus probatório, a produção da prova deve ser encargo daquele que tenha mais condições de levá-la a juízo.

Portanto, havendo recusa por parte da empresa quanto à realização de perícia em seu algoritmo, cujo objetivo é demonstrar o fato constitutivo do alegado direito do autor, ou seja, evidenciar o poder de direção da empresa e de organização do trabalho, sem a alegada autonomia, o natural equilíbrio na distribuição do ônus probatório é quebrado, fazendo surgir a denominada prova diabólica, cuja produção é impossível ou extremamente difícil. Neste contexto, a solução sugerida por Ana Frazão parece ser a única saída, devendo o julgador adotar a presunção relativa das alegações do autor, combinada com os demais elementos probatórios.

Por fim, diante do espanto causado pelas profundas e rápidas transformações e inovações tecnológicas, provocando intensas modificações na sociedade e no modo de produção, quando a forma, o ritmo e os métodos de controle são invisíveis e opacos os critérios de organização e gestão do trabalho, cujos modelos matemáticos espraiam-se em todos os segmentos da vida, ditando como devemos trabalhar, o que queremos, do que necessitamos, quem somos ou quem gostaríamos de ser, ao se discutir este tema, a preocupação não deveria ser apenas com os direitos dos trabalhadores, mas sim com a própria democracia, com os governos que nos regem, com a própria civilização.

A falta de transparência no uso de dados pessoais, sensíveis ou não, acúmulo, tratamento e uso dessas informações pelo big data combinado com a inteligência artificial e seus modelos algorítmicos, tanto pelo poder econômico quanto pelos governos – ou melhor: por ambas as esferas, tanto a privada quanto a pública em colaboração, já estão alcançando não só a última fronteira da cidadania, como também o mais íntimo refúgio da subjetividade humana.

Referências

ALVES, Eliete Tavelli. *Parassubordinação e uberização do trabalho*: algumas reflexões. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

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

AZAÏS , Christian; DIEUAIDE , Patrick e KESSELMAN , Donna. Zona cinzenta do emprego, poder do empregador e espaço público. *Futuro do Trabalho*: os efeitos da revolução digital na sociedade. Organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti e Vanessa Patriota da Fonseca. ESMUP, Brasília, 2020, p. 441-458.

BARROSO, Fábio Túlio. Trabalho via aplicativos: subordinação virtual e reconhecimento de vínculo empregatício. Presente, futuro ou passado? *Direito do Trabalho:* inovações legislativas e suas novas caracterizações. Fábio Túlio Barroso - Organizador. 1ª ed. FASA, Recife, 2019, p. 127-159.

BRASIL. *Consolidação da Leis do Trabalho* - CLT. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

____. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

____. *Código de Defesa do Consumidor* – CDC. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

____ . *Regulamento da investigação de paternidade*. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm

____. *Código de Processo Civil* – CPC. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art373

____. *Lei Geral de Proteção de Dados* – LGPD. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

CAMBI, Eduardo. Direito fundamental à prova e ônus das partes: aspectos constitucionais e implicações a partir do CPC/2015. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná - UFPR*. v. 34, 2000, p. 143-159. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1836/1532.

CASAGRANDE, Cássio Luís. *Jota*, 24.05.2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/para-uberizados-ja-e-vinculo-de-emprego-na-australia-24052021?utm_campaign=jota_info__ultimas_noticias__destaques__24052021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station

COSENTINO FILHO, Carlo Benito. Neotaylorismo digital e a economia do (des)compartilhamento. *Futuro do Trabalho*: os efeitos da revolução digital na sociedade. Organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti e Vanessa Patriota da Fonseca. - Brasília: ESMPU, 2020, p. 417-429.

DE STEFANO, Valerio. Automação, inteligência artificial e proteção laboral: patrões algorítmicos e o que fazer com eles. Trad. Rodrigo Carelli. *Futuro do trabalho:* os efeitos da revolução digital na sociedade. Org. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. – Brasília: ESMPU, 2020.

____. Regulation is not an À la Carte menu: insights from the Uber judgment. Trad. Roberta Vancep Harop. *Uk Labor Law*, March 2, 2021. Disponível em: https://uklabourlawblog.com/2021/03/02/regulation-is-not-an-a-la-carte-menu-insights-from-the-uber-judgment-by-valerio-de-stefano/

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. vol 2. 14ª ed. Editora Jus Podivm, Salvador, 2019.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208-209.

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. Ricardo Antunes - Organizador. – São Paulo: Boitempo, 2020, p. 59-78.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.* Coordenadores: Gustavo Tepedino, Ana Frazão e Milena Donato Oliva. – São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019a.

____. Capitalismo de vigilância e *black box society*. *Jota,* 28/02/2019b. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-vigilancia-e-black-box-society-28022019

____. Transparência de algoritmos x segredo de empresa: as controvérsias a respeito das decisões judiciais trabalhistas que determinam a realização de perícia no

algoritmo da Uber. *Jota,* 09/06/2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/transparencia-de-algoritmos-x-segredo-de-empresa-09062021?utm_campaign=jota_info__ultimas_noticias__destaques__09062021&utm_medium=email&utm_source=RD+Station

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. - São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial*: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Trad. Marcelo Barbão. - Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MARANHÃO, Ney Stany Morais; SAVINO, Thiago Amaral Costa: O futuro do trabalho sob o olhar da OIT : análise do relatório Trabalhar para um futuro melhor (março/2019). *Revista de Direito do Trabalho,* ***São Paulo, SP, v. 45, n. 205. 143-162, set. 2019.***

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. ***Curso de Processo Civil.*** Teoria Geral do Processo. vol. 1. 4ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 20061.

NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Parassubordinação: o meio termo entre o empregado e o autônomo. *Conjur,* 18.11.2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-18/parassubordinacao-meio-termo-entre-empregado--autonomo

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa*: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. Rafael Abraham. - São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020.

PASQUALE, Frank. Desdobramentos do caso Facebook-Cambridge Analytica: é preciso acabar com o tráfico de dados. *Le Monde diplomatique Brasil*, - Edição 130, 2 de maio de 2018. Disponível em: https://diplomatique.org.br/e-preciso--acabar-com-o-trafico-de-dados/.

PRAUN, Luci; ANTUNES, Ricardo. A demolição dos direitos do trabalho na era do capitalismo informacional-digital. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0.* Ricardo Antunes - Organizador. – São Paulo: Boitempo, 2020, p. 179-192.

RODRIGUES, Maurício Pallotta. *Contratação na multidão e a subordinação algorítmica*. – Leme, SP: Editora Mizuno, 2021.

SLEE, Tom. *Uberização*: a nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. – São Paulo: Edipro, 2019.

SIGNES, Adrían Todolí. O mercado de trabalho no século XXI: *on-demandeconomy*, *crowdsurcing* e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Tradução: Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano:* a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seu s efeitos jurídicos e sociais. Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues e José Eduardo de Resende Chaves Júnior, coordenadores. – São Paulo: LTr, 2017.

UKSC THE SUPREME COURT. *Judgment Uber and others (Appellants) v Aslam and others (respondents).* Judgment given on 19 February 2021 Heard on 21 and 22 July 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf.

WOODCOCK, Jamie. O panóptico algorítmico da Deliveroo: mensuração, precariedade e a ilusão do controle. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0.* Organização Ricardo Antunes – São Paulo: Boitempo, 2020, p. 23-45.

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.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância:* a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

UM ESPAÇO EM BUSCA DA LIBERDADE: reflexões sobre o trabalho informal no centro do Recife-PE

EDLENE MARIA NERI DE MORAIS[1]

MICHEL ZAIDAN FILHO[2•]

Resumo

Este artigo trata da discussão acerca dos sentidos do trabalho na contemporaneidade. A atividade laboral como categoria ontológica do ser social não visa apenas à satisfação das necessidades humanas básicas, mas possui outras conotações relacionadas a satisfação de sonhos e desejos pessoais, assim como acontece com a arte, com a música etc. O exercício de uma atividade decente/digna não se expressa apenas através da posse de uma carteira de trabalho assinada. Porém, isso não significa abrir não da regulação e garantia do Estado. Desse modo, o trabalho informal pode ser avaliado como uma forma de expressão da liberdade, de administração do próprio tempo e de realização pessoal.

Palavras-chave

Sentidos do trabalho. Dignidade. Trabalho informal. Realização pessoal

Introdução

O destino das cidades influencia o destino daqueles que as habitam. São as cidades que fazem as pessoas, modelando-as e traçando as suas vidas. Quando se olha a Cidade do Recife e suas ruas movimentadas por gente e carros, as pontes que levam as pessoas de um lado ao outro da cidade, os seus edifícios antigos e modernos, as favelas estendidas ao longo do rio Capibaribe, surge a certeza de que o tempo apagou um estilo de vida que já não existe, mas que permanece na memória dos seus habitantes através das narrativas de muitos escritores pernambucanos.

1 Mestre em História pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Católica de Pernambuco.

2 Professor-Doutor aposentado pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor-Colaborador da Linha de Pesquisa 2.1 – Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE.

Constata-se que parte dessa história o tempo não conseguiu apagar: a vida sofrida dos moradores dos mangues e alagados do rio Capibaribe, dos bairros pobres do Recife e da Região Metropolitana do Recife, com seus casebres e subvidas. No Recife, o novo e o velho convivem lado a lado. É difícil não o perceber. Em cada canto, sua história se apresenta com múltiplos significados. O passado e o presente se misturam naturalmente no seu cotidiano. E essas características podem ser objeto de diversos olhares, neles se evidenciando desejos e desesperos. Para o historiador Antonio Paulo Rezende, quando se busca no passado a compreensão do presente, deve-se estar atento aos significados que os nomes assumem. Daí a mesma pergunta poder ser respondida de outra forma. Portanto, não há como esgotar as cidades e as suas histórias[3].

O Recife, a cidade anfíbia de Josué de Castro, assenta-se quase dentro das águas do rio Capibaribe, daí numa visão aérea se ter a impressão de que os seus bairros flutuam nas águas desse rio[4]. A cidade nasceu para servir ao porto; esse para servir à exportação do açúcar, que era fabricado na região da Mata. Porém, não apenas a história do Recife se ligou à riqueza oriunda do açúcar, mas todo o Nordeste se conectou com esta cidade. Ela se tornou o centro propulsor nordestino de exportação, importação e redistribuição de produtos para áreas de sua influência. Foi nas várzeas do Capibaribe que o plantio da cana-de-açúcar proliferou. A cidade que nasceu e cresceu assentada nas águas dos rios, conta a história dos seus habitantes a partir dessas águas, que, em abundância na área urbana e escassa no Sertão, continuam a narrar à história do sertanejo que se deslocou para a cidade por melhores condições de vida, seja em razão da escassez de trabalho na área rural, seja devido às secas prolongadas do Sertão semiárido.

A Cidade do Recife ao promover o desenvolvimento da região Nordeste, conseguiu atrair pessoas dos mais variados lugares e, ao mesmo tempo, houve a exclusão de boa parte dessas pessoas do gozo das condições mínimas de existência, já que não lhes oferecia empregos e residências decentes na mesma proporção desse crescimento. O trabalho informal, como uma atividade presente ao longo da histórica do Recife contribuiu durante séculos para a construção do perfil da cidade. Isto implica analisar a vida laboral daqueles que estão no espaço urbano da cidade vivendo da comercialização informal de suas mercadorias. Sabe-se que as cidades representam espaços de contradições, de lutas,

---

3 ***Antonio Paulo REZENDE.*** *(Des) Encantos Modernos.* ***Histórias da Cidade do Recife na Década de Vinte. Recife: FUNDARPE, 1997.***

4 ***Diz Josué de Castro: "Foi nesses bancos de solo ainda mal consolidado – mistura ainda incerta de terra e de água que nasceu e cresceu a cidade do Recife, chamada de cidade anfíbia, como Amsterdam e Veneza, porque assenta as massas de sua construção quase dentro da água, aparecendo numa perspectiva aérea, com seus diferentes bairros flutuando esquecidos à flor das águas." Veja Josué de CASTRO.*** *Fatores de Localização da Cidade do Recife****: um ensaio de Geografia Urbana. Imprensa Nacional – Brasil, 1948, p. 16.***

de criação de desejos. Elas são também lugares de construção das utopias. Cada pessoa tem em mente uma cidade, o que aumentava as formas da cidade a partir das cidades particulares[5].

As mudanças no mundo do trabalho na atualidade têm sido alvo de discussão e debates das diversas correntes de pensamento. Para Ricardo Antunes, elas têm se apresentado como a redução do operariado fabril, a feminização do mundo do trabalho, o crescimento do setor de serviços, a exclusão de jovens e idosos do mercado de trabalho, a expansão do trabalho em domicílio e explosão da informalidade[6]. Tais mudanças apontariam para a transformação da sociabilidade humana e, por conseguinte, da noção de direitos e cidadania. Sabe-se que a legislação social e trabalhista (para alguns, focada no "trabalho livre e subordinado") é resultado das lutas dos movimentos sindicais, com vistas à obtenção de melhores condições de vida para o operariado. Por sua vez, a intervenção do Estado socialdemocrata no mundo do trabalho, através de uma extensa gama de direitos sociais e trabalhistas regulamentados teve como finalidade garantir a reprodução sustentável da força de trabalho para o capital. Um pensador francês foi mais longe, e definiu a fábrica e sua legislação como meio de criação de uma "sociedade disciplinar" e "um indivíduo disciplinar"[7].

No caso da sociedade brasileira há uma especificidade naquilo que um ensaísta carioca chamou de "cidadania regulada". Ou seja, a íntima associação existente entre direitos, cidadania e mundo do trabalho. Isto implicou numa cidadania da carteira de trabalho assinada. De forma que, até o advento da Constituição brasileira de 1988, pensar em direitos e cidadania republicana passava, necessariamente, pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Do mesmo modo, a ideia de cidadão e sujeito de direitos esteve sempre vinculada ao emprego formal. Essa teria sido a grande conquista do Estado Desenvolvimentista brasileiro. O pertencimento do indivíduo a uma profissão, seu vínculo com um sindicato e seu reconhecimento formal como trabalhador sempre foi o passaporte para sua inclusão social e seu reconhecimento como cidadão. Esse processo se esgotou no Brasil, e no mundo inteiro, a partir da década de 1970, quando o capitalismo americano e europeu enfrentou fortes crises, e o desemprego no modelo fordista começou a aumentar.

As crises econômicas deram início a projetos e ideias de rupturas entre direitos sociais, cidadania e o mundo do trabalho. Por outro lado, houve uma ampliação dos di-

---

5 ***"[...] cada pessoa tem em mente uma cidade feita exclusivamente de diferenças, uma cidade sem figuras e sem forma, preenchida pelas cidades particulares." Ítalo CALVINO.*** *As Cidades Invisíveis.* ***2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 34.***

6 ***Ricardo ANTUNES.*** *Os sentidos do trabalho*: ***ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2ª edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.***

7 ***Michel FOUCAULT.*** *Vigiar e Punir*: ***nascimento da prisão. 27ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987.***

reitos sociais e do reconhecimento de uma cidadania universal desvinculada do trabalho formal. A criação de uma "renda mínima" universal[8] e da proteção social, descolada da inserção do indivíduo no mercado formal de trabalho apontaram para um outro modelo de sociabilidade para além dos muros da fábrica. Houve até quem falasse no fim dos empregos e numa sociedade pós-mercado[9]. No Brasil, com certeza, os sinais dessas mudanças se fizeram mais nítidos com a própria Constituição Federal de 1988 e a criação de políticas sociais que abrangiam pessoas fora do mundo do trabalho formal: a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS e o Sistema Único de Saúde – SUS, por exemplo, que possuem como destinatários os indivíduos não – necessariamente portadores de carteira de trabalho assinada, ampliando e estendendo assim o conceito de direitos sociais e de cidadania.

Com o colapso dos empregos e o avanço das políticas neoliberais – e o fim da sociedade do pleno emprego – as medidas governamentais voltaram-se para uma "microeconomia do emprego" e para a precarização e flexibilização dos direitos sociais e trabalhistas. Nesse contexto, avultam as políticas de terceirização, de estimulo ao empreendedorismo e ao aumento dos trabalhadores informais. Numa sociedade acostumada à ideia de uma "cidadania regulada" como a nossa, a explosão do desemprego e do trabalho precarizado tem suscitado muita controvérsia entre os especialistas. Afinal de contas, é possível pensar um conceito de cidadania e direitos sociais/trabalhistas (para não falar dos direitos identitários e culturais), para essa enorme massa de trabalhadores sem vinculo formal de emprego e as garantias jurídicas da relação de continuidade do trabalho?

Seria possível pensar também numa noção de cidadania ampliada que contemple os direitos, a identidade e os sonhos de trabalhadores precarizados? – Pós-fordistas, flexíveis, terceirizados ou por conta própria? Ou deve-se continuar tratando-os como párias, marginais, supérfluos ou reservatório de mão de obra a serviço da exploração capitalista? – Seria lícito imaginar um tipo de sociedade que contemple direitos e identidade social de pessoas que já não dispõe de um modo de inserção fabril na sociedade e que não sejam tratados como marginais ou uma espécie de rebotalho social? Cidadãos de terceira classe ou sem classificação social nenhuma? Trata-se aqui de indagar as possibilidades de reconstruir os direitos e a cidadania (incluindo-se a identidade pessoal e social) de trabalhadores informais, num mundo caracterizado pela crise estrutural do emprego.

---

8 ***Juliana Teixeira Esteves, escrevendo sobre a Previdência Social, parte em defesa de uma renda mínima garantida universalmente para todos através da taxação do capital financeiro, como alternativa para crise do desemprego estrutural. Veja Juliana Teixeira ESTEVES.*** *O Direito da Seguridade Social e da Previdência Social*: ***A renda universal garantida, a taxação dos fluxos financeiros internacionais e a nova proteção social. Recife: Editora UFPE, 2015.***

9 ***Veja Jeremy RIFKIN.*** *O fim dos empregos*. ***Rio de Janeiro: editora Topybooks, 1992.***

A informalidade e a luta pela cidadania/conquista de direitos

Primeiramente, é oportuno reportar-se ao estudo de Gillian Macnaughton e Diane Frey *apud* Cinara L. Rosenfield e Jandir Pauli, que defendem uma visão holística dos direitos humanos, em face do reconhecimento da interdependência, inter-relação, indivisibilidade desses direitos. Sendo assim, a tomada de uma posição política que implique na regulação da idade mínima para o emprego, por exemplo, deve ser considerado também o direito à saúde, à moradia digna, ao lazer, entre outros direitos. Segundo esses autores, "o conceito de trabalho decente remete à noção de cidadania e direitos sociais. [...]. Já o trabalho digno remeteria à noção de direitos humanos universais, à dimensão moral (avaliação do que e bom e do que é mau)"[10]. A partir dessa ótica, o trabalho informal poderia ser avaliado numa dimensão de um trabalho decente, uma vez que implicaria na luta pela cidadania e conquista de direitos. Enquanto que a dignidade do trabalho informal passaria pela necessidade do reconhecimento social, em razão dele contribuir para o desenvolvimento da sociedade[11].

Vale ressaltar que os propósitos de um trabalho decente/digno então respaldos, tanto na agenda de trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quanto no Plano Nacional de Trabalho Decente do Ministério do Trabalho e Emprego, que definem as condições fundamentais para um trabalho ser considerado decente. Ou seja, como forma de redução da pobreza, das desigualdades sociais, exercido com liberdade e capaz de garantir uma vida digna. Enquanto a OIT apresenta quatro pilares estratégicos de um trabalho decente:

> a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do

---

10 ***Veja Cinara L. ROSENFIELD e Jandir PAULI. "Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos".*** *Cadernos CRH,* ***[online]. 2012, vol.25, n.65, pp.319-329. ISSN 0103-4979. Disponível em:*** http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792012000200009, p. 326. ***Acesso em 08/08/2019.***

11 ***Segundo a Observação Geral 18 do Comitê Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (DHESC) da ONU: "o direito ao trabalho é essencial para a realização de outros direitos humanos e constitui uma arte inseparável e inerente da dignidade humana. Toda pessoa tem o direito a trabalhar para poder viver com dignidade. O direito ao trabalho serve, ao mesmo tempo, à sobrevivência do indivíduo e de sua família e contribui também, na medida em que o trabalho é livremente escolhido e aceito, para a sua plena realização e o seu reconhecimento no seio da comunidade (Le Droit..., 2005, p.2)." Idem, p. 321.***

trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social[12].

O trabalho informal praticado no centro do Recife poderia implicar a possibilidade de compreender a partir do imaginário social desses indivíduos em relação a sua atividade laboral, sua sociabilidade, seus valores, seus sonhos e utopias, traçando uma cartografia social e mental desses trabalhadores, para além do estigma social de precarizados, uberizados, flexibilizados etc. De acordo com Charles Taylor *apud* Cinara L. Rosenfield e Jandir Pauli: "Os indivíduos esperam por reconhecimento, simulteamente, como humanos – e seria um reconhecimento incondicional – assim como por intermédio de sua *performance* e contrição social – e seria um reconhecimento condicional"[13].

Deste modo, as mudanças provocadas pelo mundo do trabalho no que diz respeito ao crescimento do trabalho informal no Brasil, numa perspectiva de reconhecimento social, poderia ser observada em profundidade a partir da análise das condições socioambientais do trabalho, duração diária da jornada de trabalho, principais mercadorias vendidas, média salarial alcançada, nível de escolaridade dos trabalhadores, entre outros pontos. No caso do Recife, o expressivo número de trabalhadores informais vinculados ao setor de serviços (comércio ambulante) é algo que faz parte da história da cidade, tanto que os jornais da década de 1940 do século passado, já revelavam a preocupação dos governos municipais no disciplinamento e controle do comércio informal no centro da cidade[14]. De fato, hoje ele se apresenta em escala aumentada e sua complexidade requer esforços redobrados para aqueles que almejam desvendá-lo.

O comércio informal não é uma peculiaridade da Cidade do Recife, muito embora as pesquisas mostrem que aqui ele apresente dimensões relativamente maiores do que em outros centros urbanos do país, a exemplo de São Paulo, que também é considerado um problema secular. De acordo com a pesquisadora Maria do Socorro P. Araújo, a prática de perambular pelas ruas e calçadas do Recife, vendendo mercadorias era comum no passado da cidade. Os produtos comercializados eram artesanais ou produzidos pelos próprios vendedores e vendidos diretamente, sem a presença de intermediários, tais

---

12 ***Veja o Plano Nacional de Trabalho Decente do Ministério do Trabalho e Emprego, lançado em 2010, em Brasília - DF. Disponível em*** <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226249.pdf> ***. Acesso em 02/08/2019.***

13 ***Veja Charles TAYLOR.*** *As fontes do self****: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997*** *apud* ***Cinara L. Rosenfield e Jandir Pauli, op. cit. p. 326.***

14 ***Refere-se aos Jornais do Commércio, Diário de Pernambuco, Diário da Manhã, que podem ser consultados no Arquivo Público Jordão Emereciano – APEJE.***

como frutas, peixes, beijus, tapioca, macaxeira etc. Hoje, as mercadorias são diversificadas e procedentes de distintos lugares, tais como produtos importados, como CDs, DVDs, celulares e artigos eletrônicos diversos[15]. O comércio informal no Recife, segundo ainda esta pesquisadora, seria resultante de condicionantes geográficos, históricos e econômicos, geralmente relacionados à localização do Recife, no contexto da Região Nordeste e sua condição de cidade portuária. Isto implicaria no reconhecimento da cidade como pólo de atração de migrantes da área rural e de outras capitais do Nordeste. Diante disto, como cidade portuária e núcleo atrativo de pessoas de vários lugares do Nordeste e do interior do estado de Pernambuco, se estabeleceu no Recife um setor de serviços bastante expressivo em torno do seu porto, concorrendo para a expansão do comércio informal de bens e serviço de natureza complexa, em razão das condições históricas, geográficas e socioculturais locais. De sorte que o trabalho informal praticado no centro da cidade não pode desconsiderar das condições que lhes deram origem e influenciaram, significativamente, no modo de vida de seus habitantes. Portanto, a compreensão sobre o mundo do trabalho informal na atualidade requer uma discussão interdisciplinar. O trabalho como categoria fundante do ser social, na perspectiva da Ontologia Social de György Lukács expressaria muito mais do que satisfazer as necessidades individuais de sobrevivência. O trabalho pela ótica desse autor visa à constituição da própria formação da identidade pessoal e coletiva dos indivíduos. Para tanto, faz-se necessário reconhecer que o trabalho consiste em um ato de liberdade, cuja finalidade maior seria a possibilidade de autorrealização humana[16]. Nesse sentido, o trabalho informal assumiria uma outra conotação, que representaria um modo de viver diferente do dominante na sociedade capitalista, um estilo próprio de enxergar o mundo, pois expressaria questões relacionadas à liberdade, como também a insubordinação a horários pré-determinados, ritmos de vida e formas de organização. Vale ressaltar que não há aqui a descrença em relação as questões sociais que o trabalho informal suscita, bem como aquelas provocadas pela desregulamentação e flexibilização impulsionadas pela política neoliberal. Todos esses temas podem ser considerados quando se analisa a informalidade como parte integrante da necessidade de reprodução do capital em crise, a partir da precarização estrutural do trabalho[17].

15 ***Maria Socorro Pedrosa de ARAÚJO.*** *O comércio informal no centro expandido do Recife.* ***Cadernos de Estudos Sociais, v. 27, nº 1 (2012). Disponível em: <***https://fundaj.emnuvens.com.br/CAD/article/view/1472/1192***>. Acesso em 25/06/2019.***

16 ***György LUKACS. "O trabalho": In*** *Para uma ontologia do ser social III.* ***São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.***

17 ***Francisco de OLIVEIRA.*** *A economia brasileira:* ***crítica à razão dualista. RJ: Vozes/Cebrap, 1978. O primeiro autor a ressaltar a importância de atividades pré-capitalistas ou não-capitalistas para a acumulação do capital, através do rebaixamento do custo da força de trabalho urbana.***

O trabalho informal aumentou consideravelmente nas últimas décadas do século passado no Brasil, e hoje, ele se apresenta como uma realidade concreta e complexa, que requer esforços significativos de pesquisadores e estudiosos no sentido de desvendá-lo. Isso decorre da redução do número de empregos de carteira assinada[18]. Sendo um dos ramos da informalidade, costuma ser-lhe atribuído parte da insegurança dos principais centros urbanos do país, assim como responsável pelo crescimento da sujeira e da ausência de mobilidade das pessoas nas calçadas e ruas centrais, em razão da ocupação permanente desses lugares pelos vendedores ambulantes. Ele também suscita variadas interpretações e explicações para as suas causas, assim como são diversas as propostas para reduzir seu impacto na sociedade atual. Portanto, muitas são as correntes de pensamento ou modos de abordagens que buscam compreender este fenômeno social, entre as quais: econômicas, sociológicas, jurídicas, filosóficos, antropológicas, entre outros. Isto significa que os estudos sobre o tema são amplos e diversificados de acordo com cada corrente de pensamento.

Os estudos acerca do universo da informalidade se mostram bastante problemáticos, porque comumente tratado como se fosse uniforme, objetivo e mensurável. Por vezes, costume ser analisado como expressão da estrutura econômica capitalista mundial, surgindo pensadores que se posicionam criticamente contra ele, afirmando ser um traço constitutivo e crescente da acumulação do capital nos dias atuais. Como também existem aqueles que os justificam, alegando que ele seria resultado natural das mudanças no processo de trabalho. De qualquer modo, apenas a análise dos fatores conjunturais não consegue explicar a sua permanência tão significativa no mundo do trabalho. Faz-se necessário o uso de outros recortes que permitam compreender o trabalho informal, não apenas como decorrente das questões sociais, as quais não devem ser minimizados, mas que por si só não dão conta do problema.

Há de se pensar também noutro aspecto importantíssimo do trabalho, enquanto passagem da categoria de ser uma mera atividade de sobrevivência biológica para o ser social (humana)[19]. Daí que o trabalho consistiria na possibilidade de despertar a consciência, o conhecimento, o valor e a liberdade dos indivíduos. É através dele que os

18 ***Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad-Contínua), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao primeiro trimestre de 2019, mostra que a taxa de desocupação da Região Metropolitana de Recife foi de 17,7% (dezessete virgula sete por cento). Enquanto o rendimento médio real habitual das pessoas ocupadas foi de R$ 2.154,00 (dois mil, cento e cinquenta quatro reais), para o mesmo período pesquisado. Veja Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua. Disponível em: <***https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=resultados***>. Acesso em 02/08/2019.***

19 ***Mário DUAYER et alli.*** *A ontologia de Lukács e a restauração da crítica ontológica em Marx.* ***Revista Katál. Florianópolis, v. 16, nº 01, p.17-25, jan-jun.2013, p. 19. Disponível em: <***http://www.scielo.br/pdf/rk/v16n1/v16n1a03.pdf ***> Acesso em 12/06/2019.***

indivíduos não apenas criam os meios necessários à própria sobrevivência, mas especialmente se realizam enquanto seres humanos. E este saldo qualitativo da vida em sociedade se sobressai as outras etapas do processo histórico de formação do ser social. De fato, esta não é uma tarefa fácil, muitos são aqueles que não conseguem alcançá-la. Hoje, ela se apresenta como um desafio permanente, principalmente diante da atual conjuntura do mundo do trabalho. Contudo, é preciso buscar por meio da categoria trabalho uma finalidade na vida. E a luta por reconhecimento[20] se mostra como a possibilidade de compreender os tipos de injustiças culturais, mas também as formas de aprendizado e autonomia.

Para Ricardo Visser, o trabalho segundo Honneth pode gerar solidariedade e permanentes vínculos sociais, contribuindo para a formação da identidade pessoal dos indivíduos. Estes estariam distante, portanto, da submissão direta do dinheiro e poder. O autor comenta que Honneth, a partir da leitura de Hegel, nota que o mercado carece de legitimação moral, o que segundo ele: "consiste em transformar o 'egoísmo subjetivo' do indivíduo na disposição individual para atuar 'em prol da satisfação das necessidades' de todos os outros"[21]. Na medida em que o indivíduo reconhece no outro suas capacidades e propriedades, ocorre uma reconciliação entre os sujeitos envolvidos, aumentando a autopercepção das próprias particularidades, possibilitando ainda a descoberta de outras especificidades, bem como de novas fontes de identidade que necessitam novamente de reconhecimento. É através do saber adquirido nas relações conflituosas ou daquilo explicitado por meio das experiências intersubjetivas, que se reconhece o outro como sujeito de direito, conferindo-lhe o estatuto de humanidade (ser alguém), desencadeando a auto-estima e autorealização pessoal.

Os conflitos sociais são para Honneth, fundamentalmente decorrentes de luta por reconhecimento social, sendo esta luta o motor das mudanças sociais e, consequentemente, do próprio processo de evolução da sociedade[22]. Nesse sentido, o reconhecimento

---

20 ***Axel HONNETH.*** *Luta Por Reconhecimento****: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: editora 34, 2000. A teoria crítica do reconhecimento propõe que, ao lado da redistribuição econômica, tem de ser observada também a dimensão recognoscitiva, relacionada às injustiças culturais. Veja Nancy FRASER. "Redistribuição ou reconhecimento". In Jessé SOUZA (org.).*** *Democracia Hoje****. Brasília: UNB, 2001.***

21 ***Axel HONNETH. Arbeit und instrumentales Handeln. Kategoriale probleme einer kritischen gesellschaftstheorie. In:_____. Arbeit, handlung, normativität: theorien des historischen Materialismus 2. Erste Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1980*** *apud* ***Ricardo VISSER. "As teorias do trabalho de Honneth e Unger: reconhecimento e produtivismo inclusivo".*** *Cadernos CRH* ***[online]. 2018, vol.31, n.83, pp.355-372. ISSN 0103-4979, p.356. Disponível em:*** <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-49792018000200355&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>***. Acesso em 26/07/2019.***

22 ***Axel Honneth.*** *Luta Por Reconhecimento****: a gramática moral dos conflitos sociais, op. cit. 87.***

social e a regulamentação das condições sociais do comércio informal, poderia garantir a autonomia econômica aos trabalhadores que vivem dessa atividade no centro do Recife, uma vez que é através do fundamento normativo do trabalho que são delimitados duas fontes morais: a dignidade e a autenticidade. Vale ressaltar que a dignidade econômica não consiste apenas em atender as necessidades materiais básicas de subsistência, mas assegurar o acesso a outras oportunidades no futuro. A sindicalização e a qualificação profissional dos trabalhadores informais, aliado a garantia de direitos sociais, tais como o acesso a educação e saúde de qualidade, também contribuem para o apaziguamento das necessidades imediatas e futuras, além de colaborar para a identidade pessoal do trabalhador [23].

Outro aspecto evidenciado por Visser é a dignidade no trabalho como pré-condição da participação na esfera pública. Para tanto, pressupõe que o trabalhador não sofra constrangimento direto de dinheiro e poder. A pesquisadora Maria Aparecida P. Araújo alega que o clientelismo político no Recife é atualmente, um dos principais obstáculos para a organização e a contenção do comércio informal no centro da cidade[24]. Isto significa que, a complexidade que envolve o trabalho informal somente pode ser desvendada, quando forem considerados outros elementos que o influencia indiretamente. Assim, o desemprego estrutural da economia capitalista, a informalidade e precarização das relações de trabalho são importantes, porém não suficientes para compreendê-lo. Vale a pena ressaltar também o trabalho enquanto suporte de valor, em razão de ser uma atividade humana que se materializa em obrigação de fazer[25].

Segundo Gabriela Neves Delgado, o trabalho traz consigo um valor, podendo ser positivo ou negativo. Caso ele seja penoso, insalubre ou perigoso possui uma conotação negativa. Por sua vez se realizado em condições dignas, de modo que o trabalhador se reconheça na sua condição humana de produtor, ele possui valor positivo. De sorte que a valoração do trabalho dependeria de como ele é visto, podendo assumir uma conotação de digno/indigno, licito/ilicito formal/informal, seguro/perigoso, entre outros. Enquanto os sentidos do trabalho, estaria sujeito ao contexto histórico e do valor a ele atribuído pelo trabalhador. Constata-se que em sociedades como a nossa é possível encontrar diferentes maneiras de valorizar o trabalhador empregado, o trabalhador autônomo, o trabalhador estagiário, entre outros. Mas isso não significa para a autora que o Direito deva ver essa diferenciação de valores como critério de exclusão[26].

---

23 ***Ricardo Visser, op. cit. p. 358.***

24 ***Maria do Socorro Pedrosa de Araújo, op. cit. p. 34.***

25 ***Gabriela Neves DELGADO. "O trabalho enquanto suporte de valor".*** *Revista da Faculdade de Direito da UFMG.* ***Belo Horizonte, nº 49, p. 77-96, Jul. - Dez., 2006, p. 69. Disponível em:*** <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2006;1000807051>***. Acesso em 26/07/2019.***

26 ***Gabriela Neves Delgado, op. cit. p 71.***

O trabalho enquanto um direito universal tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Isso implica reconhecer qualquer indivíduo como merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Além disso, esse reconhecimento não passa apenas pela garantia dos direitos pessoais, mas também dos direitos sociais como essenciais ao fortalecimento de uma identidade pessoal e coletiva. Como alicerce de uma existência digna e protegido constitucionalmente, o trabalho deve ser assegurado pelo Estado, de forma que os indivíduos possam prover suas necessidades básicas e psicológicas. Cabe ao Estado proteger e preservar o trabalho digno e decente, através de uma regulamentação jurídica, o que implica na extensão e ampliação do Direito do Trabalho a todos os trabalhadores. No tocante ao trabalho informal é possível que ele adquira um valor positivo a partir do reconhecimento social, uma vez que é neste ambiente social que estão inseridos boa parte dos trabalhadores brasileiros. Isso decorrente do desemprego estrutural, da escassez de postos de trabalhos, da desqualificação profissional, entre outros.

Nos estudos de Eduardo G. Noronha, o destaque no texto: "'informal', ilegal, injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil", é para o significado do termo informalidade, que foi adotado pelas ciências sociais e econômicas brasileiras com sentido diverso daquele atribuído pela literatura internacional, a depender da noção de formalidade em cada país[27]. O autor identifica três abordagens principais para o fenômeno do trabalho informal: a primeira chamada de velha informalidade seria característica de países em desenvolvimento, no qual existem muitas atividades não atrativas para o investimento capitalista. Esta teria sido a marca dos anos de 1960 e 1970 no Brasil, que relacionava o trabalho informal com o desemprego; a segunda, o trabalho informal seria resultado natural da maximização dos lucros das empresas, sobretudo, em países de elevado custo indireto da folha salarial, em razão do aumento da competição internacional por mercados; e a terceira, a informalidade emanaria de mudanças nos processos de trabalho, das novas concepções gerenciais e organizacionais decorrentes do pós-fordismo.
Outro aspecto discutido por Eduardo G. Noronha é de que o trabalho "ideal" no Brasil sofre influência da legislação trabalhista. De forma geral, há valorização pela população do contrato em carteira de trabalho. Enquanto que a outra alternativa seria o trabalho autônomo, mas quase nunca o contrato de trabalho informal[28]. A explicação para este autor estaria na segurança que o contrato de trabalho com carteira assinada representaria,

27 Eduardo G. NORONHA. "'Informal', Ilegal, Injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais.* ***Vol. 18, nº 53, p.111. Disponível em:*** <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092003000300007>. ***Acesso em 27/07/2019.***

28 Eduardo G. Noronha. "'Informal', Ilegal, Injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* ***op. cit.***

diferentemente da liberdade do trabalho autônomo considerada uma atividade arriscada. Portanto, o trabalho para ser aceitável na sociedade deve possuir o mínimo de direitos regulados pela legislação trabalhista. Esse autor evidencia inclusive que, a presença da legislação do trabalho no Brasil é fundamental, diferentemente do que predomina nos países ocidentais. Além disso, alega que os direitos sociais no Brasil são antes de tudo direito do trabalho, causando certa ambivalência entre empregados e empregadores quando legitimam e ao mesmo tempo criticam os princípios da Consolidação das Leis Trabalhistas. Quanto ao contrato livre e o mercado informal são ambos moldados pela lei[29].

O trabalho na sociedade moderna sofreu expressivas mudanças ao longo dos anos com sua regulamentação. Deste então, o status de cidadão passou a ser daquele que possuía a carteira de trabalho assinada[30]. Tanto que, diante de uma abordagem inesperada por parte dos órgãos repressores do Estado, o indivíduo se defendia alegando que era trabalhador e mostrava a carteira assinada para confirmar. A carteira de trabalho assinada representaria ainda hoje, o significado de confiança, de garantia de estabilidade, de detentor de um salário. Mas será que estas conquistas podem ser consideradas essenciais para o trabalho? De acordo o professor Everaldo Gaspar, a doutrina trabalhista quando defende o trabalho livre, na verdade estaria legitimando um trabalhado organizado militarmente. Para ele, os trabalhadores não passam de verdadeiros soldados nas indústrias modernas, controlados por meio uma disciplina e vigilância rigorosas, sendo explorados diariamente e recompensados com um salário, que na grande maioria dos casos, não consegue suprir as necessidades básicas do trabalhador e sua família. Portanto, a doutrina trabalhista ao defender o trabalho livre/subordinado, revela seu comprometimento ideológico com a Economia Política Liberal[31].

Ricardo Antunes, a partir da *Ontologia Social* de György Lucáks, põe em discussão os sentidos do trabalho, aventando a possibilidade do trabalho adquirir uma dimensão ontológica – e a liberdade seria seu fundamento social e finalidade, capaz de mudar a realidade. Isso significa reconhecer o trabalho humano como autodeterminado, autônomo e livre, portanto, dotando a vida de um sentido, assim como acontece na arte, na literatura, na poesia, na música. Diante disso, o trabalho visto numa dimensão ontológica ultrapassaria o que ele representaria hoje, atendimento às necessidades de subsistência humana e a posse de uma carteira assinada. Tampouco, o trabalho submeteria apenas o

---

29 ***Eduardo G. NORONHA. "O Modelo Legislado de Relações de Trabalho no Brasil".*** *Dados.* ***Vol.43 nº 2 Rio de Janeiro, 2000, p.1. Disponível em:*** <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000200002>. ***Acesso em 28/07/2019.***

30 ***Wanderley Guilherme dos SANTOS.*** *Razões da desordem.* ***Rio de janeiro: Rocco, 1993.***

31 ***Everaldo Gaspar Lopes de ANDRADE.*** *O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica.* ***Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014, p. 100.***

controle, vigilância e um salário, pois o trabalho não visaria aprisionar os indivíduos, mas libertá-los, promovendo-lhes uma vida cheia de sentidos que não se resume exclusivamente ao trabalho para sobreviver[32].

Considerações finais

As mudanças ocorridas no mundo do trabalho no Brasil, no que diz respeito ao trabalho informal no centro do Recife, numa perspectiva de seu reconhecimento social podem ser avaliadas quando são consideradas as representações simbólicas das condições socioambientais de trabalho, duração diária da jornada, principais mercadorias vendidas, média salarial alcançada pelo trabalhador, nível de escolaridade, regulamentação do trabalho, entre outros pontos. A partir dessas informações pode ser compreendido o impacto do crescimento do setor de serviços (comércio ambulante) a partir do desenvolvimento urbano-industrial da cidade e seus efeitos na vida dos trabalhadores.

Do mesmo modo, entender os sentidos que o trabalho informal possui para esses trabalhadores como uma forma de reconhecimento social, de exercício da liberdade, de realização de desejos, obtenção de prazer, de formação de uma identidade pessoal e coletiva que não passa tão-somente pela carteira de trabalho assinada. Mas que não abre mão da regulação e redistribuição dos direitos sociais.

A expansão do trabalho informal, o crescimento do desemprego estrutural e a crescente exclusão de jovens sem perspectiva de um trabalho com carteira assinada têm sido alvo de discussão porque repercute significativamente no mundo do trabalho. Contudo, a compreensão dos sentidos que o trabalho laboral tem representado na sociedade contemporaneidade se tornou imprescindível. O trabalho não é apenas um meio de satisfação das necessidades humanas básicas, mas também uma maneira de concretização de sonhos, desejos que estão por trás dele, o que implica pensar sobre o mundo do trabalho no futuro.

Refletir sobre o trabalho informal numa perspectiva da dimensão ontológica do ser social, pressupõe se afastar de uma visão de mundo que valoriza apenas o trabalho de carteira assinada. Promover uma discussão que trilhe por caminhos diferentes aos determinados na atualidade pelo trabalho/livre subordinado como objeto do Direito do Trabalho. O trabalho como direito fundamental e universal se apresenta como atividade a ser regulada e garantida pelo Estado, através da efetivação de políticas públicas sociais. De sorte que a proteção ao trabalho digno e decente, pilares de uma sociedade demo-

32 ***Ricardo Antunes.*** *Os sentidos do trabalho*: ***ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho; op. cit.***

crática e justa, vai além do atendimento às necessidades básicas, visa através da atividade laboral atingir a felicidade, elevando o espírito humano.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica*. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.

ANTUNES Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2ª edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

_____. *O privilégio da servidão*: o novo proletariado de serviços na era digital. 1ª edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

ARAÚJO. Maria do Socorro Pedrosa de. *O comércio informal no centro expandido do Recife*. Cadernos de Estudos Sociais, v. 27, nº 1 (2012). Disponível em: <https://fundaj.emnuvens.com.br/CAD/article/view/1472/1192>. Acesso em 25 jun. 2019.

_____. *A aventura do comércio informal no Recife*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, CAC. Desenvolvimento Urbano, 2014.

CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASTRO, Josué. *Fatores de localização da cidade do Recife*: um ensaio de geografia urbana. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1948.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal, São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. "O trabalho enquanto suporte de valor". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, nº 49, p. 77-96, Jul. - Dez., 2006. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2006;1000807051>. Acesso em 26 jul. 2019.

DUAYER Mário.; ESCURRA, María Fernanda.; SIQUEIRA, Andrea Vieira Siqueira. *A ontologia de Lukács e a restauração da crítica ontológica em Marx*. Revista Katál. Florianópolis, v. 16, nº 01, p.17-25, jan-jun.2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v16n1/v16n1a03.pdf > Acesso em 12 jun. 2019.

ESTEVES, Juliana Teixeira. *O Direito da Seguridade Social e da Previdência Social*: A renda universal garantida, a taxação dos fluxos financeiros internacionais e a nova proteção social. Recife: Editora UFPE, 2015

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. 27ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987

FRASER, Nancy. "Redistribuição ou reconhecimento". In Jessé SOUZA (org.). *Democracia Hoje*. Brasília: UNB, 2001.

HONNETH Axel. *Luta Por Reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: editora 34, 2000.

_____. *Reificação*: um estudo de teoria do reconhecimento. São Paulo: editora Unesp, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* – PNAD Contínua. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=resultados>. Acesso em 02 ago. 2019.

LUKACS, György. "O trabalho": In *Para uma ontologia do ser social III*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Plano Nacional de Trabalho Decente do Ministério do Trabalho e Emprego*. Lançado em 2010, em Brasília - DF. Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro--lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226249.pdf>. Acesso em 02 ago. 2019.

NORONHA, Eduardo G. "'Informal', Ilegal, Injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 18, nº 53, p.111. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092003000300007>. Acesso em 27 jul. 2019

_____. "O Modelo Legislado de Relações de Trabalho no Brasil". *Dados*. Vol.43 nº 2 Rio de Janeiro, 2000, p.1. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000200002>. Acesso em 28 jul. 2019.

OLIVEIRA, Francisco de. *A economia brasileira*: crítica à razão dualista. Rio de Janeiro: Vozes/Cebrap, 1978.

REZENDE, Antonio Paulo. *(Des)encantos Modernos*: história da cidade do Recife na década de vinte. Recife: FUNDARPE, 1997.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. Rio de Janeiro: editora Topybooks, 1992

ROSENFIELD, Cinara L.; PAULI, Jandir. "Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos". *Cadernos CRH,* [online]. 2012, vol.25, n.65, pp.319-329. ISSN 0103-4979. Disponível

em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792012000200009>. Acesso em: 08 ago. 2019.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de janeiro: Rocco, 1993.

VISSER, Ricardo. "As teorias do trabalho de Honneth e Unger: reconhecimento e produtivismo inclusivo". *Cadernos CRH* [online]. 2018, vol.31, n.83, pp.355-372. ISSN 0103-4979. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-49792018000200355&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 26 jul. 2019.

Tratamento de dados pessoais do empregado no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia

GEÓRGIA MARTINS DA NOVA MOREIRA*[1]

Sumário: Introdução. 1. Breve introdução ao RGPD. 1.1. Proteção de dados no sistema supranacional da EU. 1.2. Base jurídica do tratamento de dados. 2. Tratamento de dados no contexto laboral no Art. 88 do RGPD. 2.1. Conteúdo da regra do Art. 88 do RGPD: Cláusula aberta para o legislador nacional. 2.2. Cláusula aberta para proteção de dados de empregados (Art. 88, § 1º). 2.2.2. Conceito de empregado. 2.2.3. Assuntos regulamentados. 2.2.4. Meios normativos: disposições legais e convenções coletivas. 2.3. Limites aos poderes normativos dos Estados-Membros (Art. 88, § 2º). 2.3.1. Sem redução do nível de proteção. 2.3.2. Aumentar o nível de proteção. 2.4. Notificação à Comissão da UE (Art. 88, § 3º). Considerações Finais. Referências.

Resumo

O presente trabalho tem como finalidade abordar a delicada questão de como lidar com os dados pessoais do empregado diante da promulgação da Lei n. 13.709/18, em vigor desde 01/08/2021, após um período de adaptação de dois anos, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (LGPD), e com a omissão do legislador brasileiro ao não estabelecer um artigo sobre a proteção do tratamento de dados no âmbito das relações de trabalho, especialmente no cenário de ausência de uma cultura de proteção de dados no Brasil. É pertinente, desse modo, uma análise sumária do Art. 88 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD), que trata da matéria de uma maneira protetiva. Por isso, teceremos algumas considerações sobre a Lei Federal de Proteção de Dados Alemã (BDSG) e a implementação do Art. 26 da BDSG, conforme os limites e princípios estabelecidos no Art. 88 do RGPD.

Palavras-chaves

Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia; proteção de dados pessoais do empregado; Lei Federal Alemã de Proteção de Dados.

---

1 Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, mestre e doutoranda em Direito Romano e Direito Civil pela Universidade de Roma - Tor Vergata.

Introdução

É imperioso traçar uma análise a respeito da proteção de dados do empregado a partir do estudo do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD[2]) da União Europeia (UE) e da Lei Federal de Proteção de Dados Alemã (*Bundesdatenschutzgesetz*[3] – BDSG[4]), e da maneira como essas normas privilegiaram a proteção de dados de empregados diante da situação de subordinação dos empregados perante o empregador, mediante a diferença da nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Apesar de ser silente quanto à matéria, é indiscutível que a LGPD se aplica às relações laborais. Entretanto, a ausência de regulamentação específica acarreta uma insegurança jurídica para as partes na relação trabalhista.

Primeiramente, será crucial estabelecer uma breve noção sobre a proteção de dados na UE e sobre o funcionamento do RGPD dentro do sistema supranacional da UE, bem como sobre as bases legais de tratamento de dados, com o propósito de compreender melhor o sistema supranacional da UE de proteção de dados. Isso se justifica devido ao fato de que uma parte fundamental no processo de formação da União Europeia foi a transformação das leis nacionais dos Estados-Membros por leis que seguissem um modelo supranacional de ordenamento.

Em seguida, o foco será expor especificamente o Art. 88 do RGPD sobre proteção de dados dos empregados e a adaptação e implementação do Art. 88 à lei alemã em relação à proteção de dados do empregado, fazendo algumas referências ao Art. 26 da lei em questão. A escolha da Alemanha como modelo de referência deve-se pelo motivo desse ser um dos países com maior tradição de proteção de dados, e não apenas no continente europeu. Nessa esteira, a nação desenvolveu um arcabouço legal no campo da proteção de dados pessoais e é reconhecida como pioneira, estando entre as mais prestigiosas do mundo.

Sabe-se que o objetivo da proteção de dados pessoais é a defesa da vida privada da pessoa e de outros direitos humanos e liberdades fundamentais e esse fato é particularmente relevante no caso dos dados dos empregados. Isso ocorre pois é imensa a facilidade com que são obtidos esses dados do trabalhador antes[5], durante e após o esta-

2 *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46 / CE - JO L 119 de 4.5.2016.*

3 **Tradução livre dos termos em alemão.*

4 *A versão em inglês da BDSG está disponível em:* https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/index.html. Acesso em: 09.01.2022.

5 *Embora o RGPD se aplique apenas ao tratamento total ou parcialmente automatizado de dados pessoais (Art. 2º, § 2º do RGPD), a BDSG se aplica mesmo se os dados pessoais não forem processados automaticamente,*

belecimento da relação de trabalho.

Os empregadores precisam considerar cuidadosamente quais dados pessoais de seus empregados desejam tratar e para qual finalidade. Se o tratamento não puder ser em outra base legal, o consentimento pode ser considerado. É extremamente relevante garantir, portanto, que o empregado possa fazer uma escolha livre e voluntária, e que não ocorra nenhum tratamento desnecessário de dados.

Este texto dará aos leitores brasileiros uma visão geral do RGPD e da proteção dos dados pessoais dos empregados, fazendo algumas referências à proteção de dados em relação a BDSG. A partir disso, entende-se por que é imperioso refletir e pensar em uma possibilidade de inserir uma regra sobre a proteção de dados dos empregados no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Breve introdução ao RGPD

O RGPD é o resultado de quatro anos de negociações interinstitucionais e substituiu a Diretiva 95/46/CE, entrando em vigor em 25 de maio de 2018, após um período de dois anos de adaptação. Vigente em todos os países da UE e do Espaço Econômico Europeu (EEE[6]), é considerado como a mais importante normativa sobre o tema da proteção de dados, tendo inspirado várias legislações no ordenamento jurídico mundial, incluindo o próprio texto da LGPD. Muitos países adotaram ou estão em fase de adoção de normas de proteção de dados abrangentes, baseadas em princípios semelhantes aos contemplados no RGPD, resultando em uma convergência mundial das normas de proteção de dados.

O novo quadro de proteção de dados[7] manteve-se fiel à tradição europeia de efetiva preocupação com a questão da privacidade e da proteção de dados, significando não uma ruptura com o sistema anterior, mas sim seu aprofundamento, baseando-se nos 20 anos de legislação e jurisprudência da UE em matéria de proteção de dados. Esclarece e moderniza as regras relativas à proteção de dados e introduz diversos elementos novos que visam reforçar a proteção dos direitos individuais e criar oportunidades para as empresas.

Com a finalidade de cumprir as disposições do RGPD, o Regulamento criou Comitê de Proteção de Dados e estabeleceu a Autoridade Europeia para tal *desideratum*. A Comissão Europeia, por sua vez, nomeou um Responsável pela Proteção de Dados, encarre-

como ao entrevistar candidatos (Art. 26, § 7º do BDSG).

6 Após a incorporação do RGPD ao Acordo do Espaço Econômico Europeu, sua aplicação foi estendida à Noruega, Islândia e Lichtenstein. Esses países também adotaram suas leis nacionais de proteção de dados.

7 Este quadro será completado pelo Regulamento sobre Privacidade Eletrônica, cujo processo legislativo se encontra atualmente em curso.

gado de supervisionar a aplicação das regras em matéria de proteção de dados de forma independente. Além disso, os Estados-Membros contam com Autoridades Nacionais de Proteção de Dados (organismos nacionais responsáveis pelo controle e proteção de dados criados desde a Carta de Direitos Fundamentais da UE, Art. 8º, § 3º). Assim, todos devem agir coordenadamente e com colaboração entre si, juntamente com os Estados-Membros, Autoridades Públicas, empresas, cidadãos e organismos de tratamento de dados.

Consoante ao Art. 97 do RGPD[8], a Comissão apresentou um relatório sobre a avaliação e revisão do RGPD após dois anos de sua publicação (2020)[9]. Este relatório baseia-se numa abordagem multifacetária e no exercício do balanço que a Comissão realizou nos dois anos anteriores (2018[10]-2019[11]), em conjunto com as partes interessadas, revisando-o e adotando uma abordagem mais ampla para tratar, também, questões levantadas pelas várias partes intervenientes durante os dois anos antecedentes à publicação do relatório. Segundo dados do Relatório da Comissão da UE no ano de 2020[12], a Alemanha é o Estado-Membro com orçamento mais elevado destinado à sua Autoridade Nacional de Proteção de Dados (76,6 milhões de EUR em 2019 e 85,8 milhões de EUR na previsão para 2020), e as autoridades alemãs de proteção de dados possuem o maior número de funcionários[13] (888 em 2019 e 1.002 na previsão para 2020). Ao mesmo tempo, a Alemanha é o Estado-Membro com o maior número de reclamações. No entanto, o Comitê faz a ressalva de que a definição de reclamação não é igual entre todas as autoridades dos Estados-Membros, da mesma forma que o número de reclamações recebidas pelas autoridades de proteção de dados é diferente entre os Estados-Membros. Ademais, o número de reclamações representa um elevado nível de consciência por parte dos cidadãos.

---

8 Art. 97, § 1º. "Até 25 de maio de 2020 e subsequentemente de quatro anos em quatro anos, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a avaliação e revisão do presente regulamento. Os relatórios são tornados públicos".

9 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, A proteção de dados como um pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados – COM (2020) 264 final, Bruxelas, 24.6.2020.

10 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, As regras de proteção de dados como instrumento gerador de confiança dentro e fora da UE – ponto da situação – COM (2019) 374 final, Bruxelas, 24.7.2019.

11 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Maior proteção, novas oportunidades — Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018 – COM (2018) 43 final, Bruxelas, 24.1.2018.

12 COM (2020) 264 final, Bruxelas, 24.6.2020, p.23.

13 Existem 18 autoridades na Alemanha, uma autoridade federal e 17 autoridades regionais (incluindo duas na Baviera).

1.1. Proteção de dados no Sistema Supranacional da UE

Um dos objetivos do RGPD é obter uma uniformização de proteção de dados em toda a UE[14]. Concomitantemente, pretende eliminar as diferenças que dificultam a livre circulação de dados pessoais no mercado interno (Considerando 13, 1ª frase do RGPD). Para atingir esses objetivos de forma eficaz, a UE optou pela forma do regulamento. Ao contrário de uma diretiva, o regulamento não exige nenhuma lei de transposição dos Estados-Membros, mas aplica-se diretamente em todas as suas partes (Art. 288, § 2º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE[15]).

O regulamento constitui uma oportunidade para simplificar o ambiente jurídico, de modo que passam a existir menos regras nacionais e mais clareza para os operadores. Esse objetivo foi, em grande parte, cumprido. No entanto, ainda há um certo grau de fragmentação, devido, primordialmente, à utilização extensiva de cláusulas de especificação facultativas, chamadas "cláusulas abertas"[16]. As cláusulas para especificações facultativas estão listadas no Anexo I do Relatório da Comissão[17].

Embora essa margem para a especificação de certas disposições tenha sido intencional do RGPD e, por conseguinte, se justifique uma certa fragmentação, os requisitos e limites relacionados ao conteúdo dessa lei serão futuramente determinados pelo direito da UE. A Comissão Europeia e o Conselho Europeu seguem acompanhando a adaptação e implementação do RGPD nas legislações nacionais. O trabalho dos tribunais nacionais e, em última instância, do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), também ajudarão a consolidar uma interpretação coerente das regras de proteção de dados.

Um exemplo dessas cláusulas abertas é o Art. 88 do RGPD[18], que dá expressamente aos Estados-Membros a possibilidade de estabelecer suas próprias regras sobre proteção de dados do empregado, como uma exceção à harmonização total. Com a "Lei de Adaptação e Implementação de Proteção de Dados da UE"[19], o legislador alemão fez uso desse escopo e também revisou a BDSG.

---

14 Todos os Estados-Membros da UE tiveram que adaptar ou elaborar leis na área de proteção de dados pessoais. À exceção da Eslovênia, todos os outros Estados-Membros já haviam notificado a Comissão sobre suas novas ou adaptadas leis nacionais na data do relatório.

15 O "Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia" era denominado "Tratado que institui a Comunidade Europeia" até 30 de novembro de 2009 e apresentava uma sequência diferente de artigos. Esta versão atual é baseada no Tratado de Lisboa.

16 COM (2020) 264 final de 24.6.2020, p. 17.

17 COM (2020) 264 final de 24.6.2020.

18 Entraremos em mais detalhes sobre o Art. 88 mais adiante.

19 Lei para adaptar a lei de proteção de dados ao Regulamento (UE) 2016/679 e para implementar a Diretiva (UE) 2016/680 (Lei de Adaptação e Implementação de Proteção de Dados UE - DSAnpUG-EU de 30 de junho de 2017, Diário Oficial da União I, p. 2097).

1.2. Base jurídica do tratamento de dados

O RGPD regula a permissão da coleta, tratamento, transmissão e uso de dados pessoais. Por meio dos seus 99 artigos e 173 considerandos, atualiza o direito fundamental à autodeterminação informativa[20]. Essa garantia está prevista no Art. 8ª, § 1º da Carta de Direitos Fundamentais da UE, assim como no Art. 8º, § 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Conforme o Art. 8º, § 2º da Carta de Direitos Fundamentais da UE, as disposições do RGPD só podem ser processadas de acordo com a boa-fé[21] para fins específicos e em uma base legítima devidamente regulamentada, que respeite a essência do direito fundamental e observe o princípio da proporcionalidade (Art. 52, § 1º da Carta de Direitos Fundamentais da UE).

A proteção de dados é moldada pelo direito fundamental à autodeterminação informativa. Logo, vale dizer que cada pessoa está inicialmente no controle de seus dados pessoais. Qualquer tratamento de dados requer consentimento ou outro fundamento legítimo (Considerando 40 do RGPD). A autodeterminação informativa se refere ao princípio da proibição com reserva de permissão. De acordo com esse princípio, "o tratamento de dados é estritamente proibido, a menos que seja excepcionalmente permitido" (sic.). As permissões possíveis estão previstas e elencadas no Art. 6º, § 1º do RGPD. É interessante assinalar, nessa esteira, que uma dessas permissões ocorre por meio do Art. 88 do RGPD, que autoriza os Estados-Membros a estabelecerem normas mais específicas no contexto do trabalho por meio de seus próprios dispositivos legais, que terão prevalência em relação aos dispositivos do RGPD.

2. Tratamento de dados no contexto laboral no Art. 88 do RGPD

O Capítulo IX do RGPD regula as "disposições relativas a situações especificas de tratamento". Dentre essas situações específicas, que o legislador europeu considerou que deveriam receber um tratamento especial pelos legisladores nacionais, está o "tratamento de dados no contexto laboral", contido no Art. 88 do RGPD. Nessa disposição legal, o legislador federal alemão elaborou normas específicas sobre o "tratamento de dados no contexto laboral" no Art. 26 da BDSG.

---

20 ***MASCHMANN, Frank. Arbeitsrecht und Beschäftigendatenschutz. In: RUHMANNSEDER, Felix; BEUKELMANN, Stephan; LEHNER, Dieter (Coords.).*** *Compliance Aktuell*, ***Heidelberg, C.F. Müller, 2018, p. 5.***

21 ***"De acordo com a boa-fé" não está escrito na versão portuguesa da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.***

2.1. Conteúdo da regra do Art. 88 do RGPD: Cláusula aberta para o legislador nacional

O Art. 88 contém a cláusula aberta (ou cláusula facultativa), que permite aos Estados-Membros estabelecerem regras mais específicas sobre o tratamento de dados no contexto laboral, por meio de disposições legais ou convenções coletivas (incluindo acordos coletivos), a fim de garantir a proteção de direitos e liberdades no âmbito trabalhista. Durante a implementação, caberá aos Estados-Membros e às partes em convenções coletivas estabelecerem quais as áreas que serão regulamentadas de forma mais específica. Como é possível observar, além dos Estados-Membros, as partes em negociações coletivas também são os destinatários deste artigo.

Através da cláusula aberta do Art. 88, § 1º do RGPD, os Estados-Membros têm a oportunidade de promulgar normas específicas na área de proteção de dados no contexto laboral por meio de suas próprias leis, enquanto o Art. 88, § 2º do RGPD se limita aos requisitos abstratos regulamentados pelo legislador nacional.

Vale ressaltar, ainda, que o Considerando 155 prevê também que as regras mais específicas podem, particularmente, referir-se também às condições em que o tratamento de dados pessoais ocorre no contexto laboral, com base legal no consentimento do empregado.

2.2. Cláusula aberta para proteção de dados de empregados (Art. 88, § 1º)

2.2.1. Conceito de empregado

O Art. 88 trata dos dados pessoais do empregado no contexto laboral; todavia, não define o conceito de empregado. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia[22] traz a concepção europeia do vocábulo, incluindo "empregado" não apenas no sentido estrito e não admitindo que o termo possa ser interpretado restritivamente.

É interessante observar que também a BDSG no Art. 26, § 8º adota uma definição ampla de empregado, muito mais vasta que o conceito utilizado pelo direito do trabalho alemão[23] e inclui todos os empregados dependentes, como, por exemplo: candidatos,

---

22 Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CC0158&from=EN. *Acesso em: 22.01.2022.*

23 Não existe no direito alemão uma definição expressa do conceito de empregado como no direito brasileiro (CLT, Art. 3º.), todavia a jurisprudência alemã estabeleceu critérios sobre o conceito de empregados baseados no Art. 611a, do BGB que trata sobre contrato de trabalho. Os critérios distintivos do conceito de empregado no direito alemão são os seguintes: dependência pessoal, prestação pessoal do serviço, integração operacional na empresa e obrigação de seguir instruções.

aprendizes, estagiários, voluntários e funcionários públicos federais, dentre outros. Ficam de fora, contudo: autônomos, membros do conselho e diretores administrativos, aplicando-se diretamente o RGPD para esses casos.

2.2.2. Assuntos regulamentados

O termo "contexto de trabalho" significa que todos os temas que afetam a relação de trabalho podem ser regulamentados, mesmo que não se refiram diretamente à execução do contrato de trabalho ou a outros assuntos pertinentes à relação de emprego, como a vigilância por vídeo no interesse de proteger empregados e bens do empregador ou dos clientes[24], por exemplo.

O tratamento de dados pessoais de empregados no contexto de trabalho pode ser regulamentado, em particular, para os seguintes fins: recrutamento (como formulário pessoal e currículo); execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento de obrigações estipuladas por disposições legais ou por convenções coletivas; gestão, planejamento e organização do trabalho; igualdade e diversidade no local de trabalho; saúde e segurança no trabalho; proteção da propriedade de empregadores ou clientes (por exemplo, por meio de vigilância por vídeo); uso de direitos e benefícios individuais ou coletivos relacionados ao trabalho; bem como para efeitos da rescisão do contrato de trabalho.

2.2.3. Meios normativos: disposições legais e convenções coletivas

As regras mais específicas da área podem ser implementadas tanto por disposições legais, como leis, decretos e estatutos, quanto por meio de convenções coletivas. Para além das convenções coletivas, o Considerando 155 também menciona expressamente os acordos de serviço de empresas[25]. Esses são temas adequados para acordos de serviço e de empresas, especialmente: questionários de pessoal, procedimentos de administração de pessoal, registro de horas, registro de dados telefônicos, uso de Internet, vigilância por vídeo, controles de acesso e teletrabalho, dentre outros meios legais.

---

24 ***MASCHMANN, Frank. Art. 88 DSGVO. In: KÜHLING, Jürgen; BUCHNER, Benedikt (Coords.),*** *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung/BDSG,* ***2. Ed., München, C.H. Beck, 2018, p. 3.***

25 ***No direito alemão, acordos de serviço se aplicam ao setor público em todas as esferas da federação e acordos de empresas se aplicam ao setor privado.***

2.3. Limites dos poderes normativos dos Estados-Membros (Art. 88, § 2º)

De acordo com o Art. 88, § 1º do RGPD (em conjunto com o Considerando 155), os Estados-Membros podem elaborar regras novas e mais específicas para a proteção de dados de empregados ou manter as regras nacionais mais específicas existentes, que prevalecem sobre as regras gerais e não específicas do RGPD[26]. É pertinente indagar-se, em vista disso, até que ponto as disposições legais nacionais ou as convenções coletivas podem divergir do nível de proteção do RGPD, ou seja, se o nível de proteção de dados ao abrigo do RGPD pode ser reduzido ou aumentado.

2.3.1. Sem redução do nível de proteção

Percebe-se que uma redução do nível de proteção do RGPD não teria nenhum respaldo legal[27], uma vez que, de acordo com o Art. 88, § 2º do RGPD, as disposições nacionais (legais ou coletivas) devem incluir medidas adequadas e especiais para salvaguardar a dignidade humana, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, nomeadamente no que diz respeito à transparência do tratamento e aos sistemas de monitoramento no local de trabalho.

2.3.2. Aumentar o nível de proteção

Outro tema interessante é a análise da permissão aos legisladores nacionais ou às convenções coletivas aumentar o nível de proteção do RGPD, uma vez que o Art. 88 é uma exceção ao princípio da harmonização total (Art. 1º, § 3º e Considerando 10 do RGPD). Esse tema é controverso, pois existem pensamentos divergentes. Embora a maior parte da doutrina admita essa possibilidade[28], alguns doutrinadores negam a viabilidade de prever regulamentos que aumentam o nível de proteção[29]. À vista disso, esta

---

26 ***Nas áreas em que o legislador europeu deu aos legisladores nacionais a oportunidade de elaborar normas autônomas por meio das chamadas cláusulas abertas, não é o RGPD que se aplica, mas a legislação nacional.***

27 ***Podemos citar, por exemplo, os seguintes autores: DÜWELL, Franz Joseph; BRINK, Stefan.*** *Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz,* ***Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), München, C.H. Beck, 2016, p. 665 e 666; KÖRNER, Marita.*** *Die Datenschutz-Grundordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz,* ***Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), München, C.H.Beck, 2016, p. 1383; MASCHMANN, Frank. Art. 88 DSGVO. In: KÜHLING, Jürgen; BUCHNER, Benedikt (Coords.),*** *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung/BDSG,* ***2. Ed., München, C.H. Beck, 2018, p. 6.***

28 ***DÜWELL, Franz Joseph; BRINK, Stefan.*** *Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz,* ***Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), München, C.H. Beck, 2016, p. 665 e 666; KÖRNER, Marita.*** *Die Datenschutz-Grundordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz,* ***Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), München, C.H.Beck, 2016, p. 1383.***

29 ***MASCHMANN, Frank. Art. 88 DSGVO. In: KÜHLING, Jürgen; BUCHNER, Benedikt (Coords),*** *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung/BDSG,* ***2. Ed., München, C.H. Beck,***

questão é bastante polêmica. Na hipótese de existir conflito de normatização, a decisão final só poderá ser resolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia[30].

A visão de que o nível de proteção do RGPD pode ser aumentado é apoiada pelo fato de que, no Art. 88, § 1º do RGPD, a restrição contida no projeto original da Comissão Europeia de 25 de janeiro de 2012 (à época Art. 82) "dentro dos limites do presente regulamento" foi eliminada. Além disso, o Considerando 155 não contém essa restrição, ao contrário de outras cláusulas abertas (como no Considerando 149 do Art. 84, Considerando 162 do Art. 89 e Considerando 164 do Art. 90, semelhante ao Considerando 98 do Art. 40).

Conforme Körner e Maschmann[31], o fator decisivo é o ponto de vista da competência jurídica. A proteção de dados de empregados é uma questão transversal da proteção de dados e do direito trabalhista. No entanto, a UE só pode promulgar diretivas com disposições mínimas para o direito do trabalho (Art. 153, § 1º, alínea b) e § 2º do TFUE), ao contrário do que acontece com a legislação em matéria de proteção de dados (Art. 16, § 2º do TFUE).

O artigo 153, § 4º do TFUE afirma expressamente que as disposições promulgadas com base no Art. 153 do TFUE não impedem aos Estados-Membros de manter ou introduzir medidas de proteção mais rígidas. Isso significa que a UE está impedida de conseguir uma harmonização total na área laboral por meio de regulamento. Assim, um limite máximo para proteção trabalhista em um regulamento da UE não seria permitido. Consequentemente, a cláusula aberta do Art. 88 do RGPD foi prevista[32].

2.4. Notificação à Comissão da UE (Art. 88, § 3º)

A obrigação de notificar a Comissão as disposições legais contidas no § 3º inclui também as alterações posteriores às disposições e, de acordo com a opinião predominante, também as disposições legais já existentes antes da entrada em vigor do RGPD. Embora as partes em convenções coletivas também possam elaborar regras de acordo com o § 1º, elas não são afetadas pela obrigação de notificação do § 3º.

2018, p. 8.

30 *O TJUE não apenas decidirá sobre o alcance da cláusula aberta do Art. 88, § 1º, do RGPD, mas também garantirá que os Estados-Membros cumpram os requisitos relacionados ao conteúdo do Art. 88, § 2º, do RGPD ao adotarem suas leis nacionais de proteção de dados.*

31 KÖRNER, Marita. *Die Datenschutz-Grundordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), C.H.Beck, München, 2016, p, 1383; MASCHMANN, Frank. Art. 88 DSGVO. In: KÜHLING, Jürgen; BUCHNER, Benedikt (Coords), *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung/BDSG*, 2. Ed., München, C.H. Beck, 2018, p. 8.

32 MASCHMANN, Frank. Art. 88 DSGVO. In: KÜHLING, Jürgen; BUCHNER, Benedikt (Coords.), *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung/BDSG*, 2. Ed., München, C.H. Beck, 2018, p. 8.

Considerações finais

Diante do exposto, é apropriado concluir que o Regulamento da UE e a Lei Alemã buscaram, de fato, dar uma maior proteção ao tratamento de dados pessoais do empregado na relação laboral, diferentemente da LGPD, que não trouxe dispositivo expresso sobre a relação de trabalho.

Entendemos, ainda, que o Legislador alemão utilizou, verdadeiramente, a autorização dada pelo Art. 88 do RGPD para estabelecer normas mais específicas relativas ao tratamento de dados no contexto laboral, tendo elas sido concretizadas no Art. 26 da BDSG.

A omissão legislativa, somada ao cristalino desequilíbrio entre as condições das partes nas relações laborais, pode provocar grandes problemas à proteção dos dados do empregado, especialmente no Brasil, onde não existe uma cultura de conhecimento dos direitos dos cidadãos sobre os seus dados pessoais.

Destarte, a proteção de dados do empregado, ao nosso ver, conclama maior atenção ainda, pois é evidente a necessidade de buscar meios para a inserção no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, um artigo específico sobre a proteção de dados do empregado na LGPD. Por fim, a análise do RGPD e da BDSG nos faz refletir e buscar alternativas diante da omissão do legislador nacional sobre a proteção do tratamento de dados dos empregados.

Referências

ALEMANHA. Lei Federal Alemã de Proteção de Dados. Versão em inglês da BDSG. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/index.html. Acesso 18.09.2021.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag 18/11325. Disponível em: https://www.bundestag.de/drucksachen. Acesso em: 18.11.2021.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag 18/1655. Disponível em: https://www.bundestag.de/drucksachen. Acesso em: 18.11.2021.

ALEMANHA. Bundesministerium des Innern Hintergrundpapier zum BDSG Entwurf. Disponível em: http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Kurzmeldungen/pressepapier_beschaeftigtendatenschutz.pdf. Acesso em 18.01.2022.

ALEMANHA. Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informa-

tionsfreiheit. Disponível em: https://www.bfdi.bund.de/DE/Service/Anschriften/Laender/Laender-node.html. Acesso em: 18.12.2021.

BRINK, STEFAN. *Daten nützen – Daten schützen. Der Ratgeber. Beschäftigen-Datenschutz. Zwischen wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und informationeller Selbstbestimmung*. Ratgeber zum Beschäftigtendatenschutz. Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit. Baden-Württemberg. 4. Ed., Stuttgart, 20220. Disponível em: https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/ratgeber-zum-beschaeftigtendatenschutz-4-auflage/. Acesso em 18.01.2022.

DÄUBLER, Wolfgang, *Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*, Alfred Keller (Trad.). In: José Neto (Coord.), São Paulo, Fundação Friedrich Ebert\Ltr., 1997.

DÄUBLER, Wolfgang, *Das Arbeitsrecht 1, Leitfaden zum Arbeitsrecht 1*, Rowohlt Taschenbuch, Reinbek em Hamburgo**,** 2006.

DÜWELL, Franz Joseph; BRINK, Stefan. *Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), München, C.H. Beck, 2016.

KÖRNER, Marita. *Die Datenschutz-Grundordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), München, C.H.Beck, 2016.

MASCHMANN, Frank. Arbeitsrecht und Beschäftigendatenschutz. In: RUHMANNSEDER, Felix; BEUKELMANN, Stephan; LEHNER, Dieter (Coords.). *Compliance Aktuell*, Heidelberg, C.F. Müller, 2018.

MASCHMANN, Frank. Art. 88 DSGVO. In: KÜHLING, Jürgen; BUCHNER, Benedikt (Coords.), *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung/BDSG*, 2. Ed., München, C.H. Beck, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, A proteção de dados como um pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados – COM (2020) 264 final, Bruxelas, 24.6.2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt. Acesso em: 19.11.2021

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, As regras de proteção de dados como instrumento gerador de confiança dentro e fora da UE – ponto da situação – COM (2019) 374 final, Bruxelas, 24.7.2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt. Acesso em: 19.11.2021

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Maior proteção, novas oportunidades — Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018 – COM (2018) 43 Final, Bruxelas, 24.1.2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data--protection-eu_pt. Acesso em: 19.11.2021

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj. Acesso em: 19.11.2021

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46 / CE - JO L 119 de 4.5.2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_pt. Acesso em: 19.11.2021

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Acordão do processo n. C-158/16. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CC0158&from=EN

O Sindicato como representante legal dos trabalhadores e o direito de acesso aos dados pessoais[1]

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS[2]

CAROLINA MARZOLA HIRATA[3]

THE UNION AS LEGAL REPRESENTATIVE OF WORKERS AND THE RIGHT OF ACCESS TO PERSONAL DATA

Resumo

Este estudo, partindo do método dedutivo, objetiva analisar a viabilidade de o sindicato profissional, como representante legal dos trabalhadores, ter acesso aos dados pessoais dos empregados no contexto do contrato de trabalho. Inicia com uma breve análise da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), traçando conceitos imprescindíveis para o desenvolvimento do texto e invoca o paradigma espanhol, inclusive base jurídica vigente naquele país. Prossegue abordando a legitimidade deferida aos sindicatos para a defesa da categoria e sua conformação jurisprudencial, bem como os impactos da Lei 13.709/2018 para o acesso, por parte do sindicato, a dados pessoais dos trabalhadores, detidos pelo empregador. O estudo traz considerações acerca da impossibilidade de utilização do caso espanhol, no direito brasileiro, em virtude da diferença de embasamento

1 Artigo publicado originariamente na revista LTR de outubro de 2021.

2 **Autoras: Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis.** ***Possui graduação em Faculdade de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1982), mestrado em Mestrado em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1994) e doutorado em Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Atualmente é professora doutora da Universidade Metodista de Piracicaba. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: direito do trabalho, direito do trabalho, direito sindical, globalização e direito coletivo.***

3 **Carolina Marzola Hirata.** ***Procuradora do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas. Ex-Procuradora do Estado de Goiás. Especialista em Direito Constitucional pela Unisul e em Direito Processual Civil pela PUC-Minas. Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Unimep. Autora do livro "Processo do Trabalho Comentado", coautora de livros e autora de artigos jurídicos. Professora em Cursos Preparatórios para Carreiras Jurídicas, em Graduação e em Pós-Graduações. Membra do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Endereço para envio do exemplar (para ambas as coautoras): Rua Timburi, 1723, Campinas/SP, CEP 13.098-301.***

normativo e finaliza com uma abordagem da ação de produção antecipada de provas.

Palavras-chave

Dados pessoais – sindicato dos trabalhadores – acesso

Abstract

This study, based on the deductive method, aims to analyze the possibility of the professional union, as the legal representative of workers, to have access to employees personal data in the context of the employment contract. It begins with a brief analysis of the General Data Protection Law (LGPD), developing essential concepts for the development of the text and invokes the Spanish paradigm, including the legal basis in that country. It goes on to address the legitimacy guaranteed to unions for the defense of the category and its jurisprudential conformation, as well as the impacts of Law 13.709/2018 on the access, by the union, to personal data of workers, held by the employer. The study brings considerations about the impossibility of using the Spanish case, in Brazilian law, due to the difference in normative basis and ends with an approach to the action of anticipated production of evidence.

Key-words

Personal data – labor union - access

Introdução

Não há como deixar de refletir sobre o contexto atual, em que, de acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), divulgados pelo IBGE, a taxa de desemprego no Brasil subiu 14,7% no primeiro trimestre de 2021 e atingiu o recorde de 14,8 milhões de brasileiros desocupados.

Assim, talvez mais urgente fosse um ensaio sobre o trabalho decente em tempos de retrocessos sociais, agravados pela pandemia. Mas aos intérpretes e aplicadores do Direito Material e Processual do Trabalho resta a tarefa de tentar preservar, por meio da técnica jurídica, a veia protetiva e de progressiva melhora nas condições de pactuação da mão de obra, que rege estas disciplinas especializadas.

Embora não seja esse o mote que conduziu à aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), guiada por aspectos econômicos e concorrenciais, não há dúvidas de

que a legislação vem na contramão das ondas flexibilizadoras e suas projeções reforçam a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade nas relações de trabalho.

O epicentro gira em torno da autodeterminação informativa, erigido pela Constituição Portuguesa como direito fundamental autônomo (art. 35), e de especial importância para esse estudo, que tem no trabalhador o titular de dados pessoais e, portanto, uma gama de especificações de direitos oponíveis ao controlador, no caso, o empregador. Não menos importantes, e como corolários, colocam-se os princípios do livre acesso e da transparência.

É de relevância o fortalecimento do papel do sindicato, como representante legal, na defesa dos direitos e interesses dos integrantes da categoria, com a possibilidade de requerer, junto ao controlador, o acesso aos dados pessoais dos trabalhadores, promovendo uma despersonalização, que é de especial atenção em tempos de crise, em que a consequência de um desgaste em uma relação contratual poderá causar ao trabalhador o rompimento de seu vínculo, com a possibilidade remota de recolocação no mercado.

A efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados no contexto das relações de trabalho, não há dúvidas, depende do alcance que se projete na atuação sindical, do espaço que se assegure aos representantes dos empregados, de vindicar a aplicação da lei.

Como o assunto é recente entre nós, invoca-se a experiência europeia, a título de conhecimento, sem olvidar das diferentes características normativas subjacentes, o que conduz a resultados interpretativos diversos.

1. Noções sobre a lei geral de proteção de dados (LGPD)

Conforme anunciado, o objeto da abordagem será a Lei 13.709/2018, em vigor a partir de 18/09/2020, com exceção dos preceitos relativos às penalidades administrativas, que ganharam força normativa em 1º de agosto deste ano.

Cuida-se de uma norma geral e transversal, cuja aplicação na esfera do direito material e processual do trabalho necessita de compatibilização com os princípios específicos que regem essas esferas do conhecimento.

A lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Dado pessoal corresponde à informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, inciso I) e dado pessoal sensível são dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização

de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico. Já tratamento de dados é toda operação realizada com dados pessoais.

A lei enumera no art. 6º os princípios que devem reger as operações de tratamento de dados pessoais. Para os efeitos deste estudo, alguns merecem atenção especial:
finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

> adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
> necessidade ou minimização: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
> livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
> transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

Em arremate, relevo especial ao art. 2º, inciso II, que traz como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais a autodeterminação informativa. A autodeterminação informativa, nos dizeres de Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser definida como o direito conferido a cada pessoa de "**controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-lhe que a pessoa se transforme em "simples objeto de informação". Tal direito, com feição autônoma, é expressamente reconhecido pela Constituição da República Portuguesa, em seu art. 35.**

2. O paradigma espanhol

Interessante notícia recentemente chegou em terras tupiniquins: a 4ª Seção do Supremo Tribunal Federal espanhol havia negado o acesso, aos sindicatos, a dados relativos às nomeações estatutárias de todos os médicos por serviço, com especificação do tipo e data de início da prestação do serviço (3º Câmara ou 4ª Seção, Recurso nº. 1229/2020, julgamento 160/2021, de 09/02/2021).

O caso envolve interesses conflitantes: de um lado, a liberdade sindical (com a

possibilidade de prática de ato antissindical, caso a conduta patronal fosse considerada ilícita), e, de outro, a privacidade das pessoas cujas nomeações são necessárias para a verificação da sua regularidade e da política de nomeações e despedimentos.

Antes de analisar o caso propriamente dito, releva mencionar que a Espanha adota a liberdade sindical plena, como se depreende de sua Constituição:

> Artigo 7. Os sindicatos de trabalhadores e as associações empresariais contribuem para a defesa e promoção dos interesses económicos e sociais que lhes são próprios. A sua criação e o exercício da sua atividade são livres no respeito pela Constituição e pela lei. A sua estrutura interna e funcionamento deverão ser democráticos.
>
> Artigo 28. 1. Todos têm direito a sindicalizar-se livremente. A lei poderá limitar ou excecionar o exercício deste direito às Forças ou Institutos armados ou aos demais Corpos submetidos à disciplina militar e regulará as peculiaridades do seu exercício para os funcionários públicos. A liberdade sindical compreende o direito de criar sindicatos e de inscrição no sindicato da sua eleição, bem como o direito dos sindicatos de formar confederações e de fundar organizações sindicais internacionais ou de se filiarem nestas. Ninguém poderá ser obrigado a inscrever-se num sindicato.

De outra banda, o art. 10 da Lei Orgânica de Liberdade Sindical (LOLS), ao regular a forma como a atividade dos sindicatos pode ser organizada nas empresas, determina:

> Os delegados sindicais, caso não façam parte do conselho de empresa, terão as mesmas garantias que as legalmente estabelecidas para os membros dos conselhos de empresa ou dos órgãos de representação constituídos na administração pública, bem como as seguintes direitos, exceto para o que poderia ser estabelecido por acordo coletivo:
> § 1º Ter acesso às mesmas informações e documentação que a empresa põe à disposição do conselho de empresa, sendo os delegados sindicais obrigados ao sigilo profissional nas matérias a que for legalmente aplicável ”

Dando concretude ao poder de fiscalização dos sindicatos sobre os contratos de trabalho, o art. 8.4 do Estatuto dos Trabalhadores hispânico:

> O empregador entregará à representação legal dos trabalhadores cópia básica de

> todos os contratos que devam ser celebrados por escrito, com exceção dos contratos especiais de trabalho da alta direção sobre os quais o dever de notificação ao representante legal dos empregados está estabelecido.

A fim de verificar a adequação do conteúdo do contrato à legislação em vigor, esta via básica conterá todos os dados do contrato, exceto o número do documento de identidade nacional ou o número de identidade do estrangeiro, o endereço, o estado civil, e qualquer outra que, nos termos da Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio, relativa à proteção civil do direito à honra, à privacidade pessoal e familiar e à própria imagem, possa afetar a privacidade pessoal. O tratamento da informação prestada estará sujeito aos princípios e garantias previstos na regulamentação aplicável à proteção de dados.

Sem dúvidas está-se diante de hipótese relativa aos poderes detidos pelo sindicato profissional na fiscalização dos atos patronais. Os sindicatos peticionantes, representados pelos respectivos delegados sindicais, formularam pedido de informação ao empregador, com o conteúdo já mencionado, e este quedou-se inerte, deixando de atender à formulação do ente sindical.

Mas de outro lado, existe a Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais (LOPD), bem como o Regulamento 2016/679/UE, sobre Proteção de Dados (RUEPD), cujo art. 6º prevê que o tratamento de dados pessoais somente será autorizado nas seguintes condições:

> a) o interessado deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para um ou mais fins específicos;
> b) o tratamento é necessário para a execução de um contrato de que o interessado seja parte ou para a aplicação a seu pedido de medidas pré-contratuais;
> c) o tratamento é necessário para o cumprimento de uma obrigação legal aplicável ao responsável pelo tratamento;
> d) o tratamento seja necessário para proteger interesses vitais do interessado ou de outra pessoa física;
> e) o tratamento seja necessário para o cumprimento de missão de interesse público ou no exercício da função pública atribuída ao responsável pelo tratamento;
> f) o tratamento é necessário para a satisfação de legítimos interesses perseguidos pelo controlador de dados ou por terceiros, desde que os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do interessado que requeiram a proteção de dados pessoais não prevaleçam sobre esses interesses, em particular quando o interessado é uma criança.

Ademais, conforme art. 8.1 da Lei Orgânica 3/2018, a qual versa sobre a Prote-

ção de Dados Pessoais e Garantia de Direitos Digitais (LOPDP):

> O tratamento de dados pessoais só pode ser considerado com base no cumprimento de uma obrigação legal do responsável, nos termos previstos no artigo 6.1.c () do Regulamento (UE) 2016/679, quando previsto em norma de direito da União Europeia ou de regulamento com força de lei, que pode determinar as condições gerais do tratamento e os tipos de dados objeto dos mesmos, bem como as transferências que decorrem do cumprimento da obrigação legal. A referida norma também pode impor condições especiais ao tratamento, como a adoção de medidas de segurança adicionais ou outras estabelecidas no capítulo IV do Regulamento (UE) 2016/679.

A Suprema Corte pendeu para o direito à privacidade, entendendo que os termos postos na formulação dos delegados foram genéricos e que o pedido não pode se ancorar, única e exclusivamente, na liberdade sindical, devendo ser específico no que tange às necessidade e finalidade. No caso de um pedido genérico, necessário o consentimento do trabalhador:

Apenas quando estes dados pessoais forem necessários ao exercício da atividade sindical, poderão ser considerados isentos de consentimento, mas não quando se encontram desligados ou se desconhece a sua relação, uma vez que não foi revelada a sua vinculação com as referidas funções sindicais.

Os demandantes não forneceram explicação, referência ou menção sobre a utilidade do pedido para o cumprimento de seus deveres sindicais. Tampouco há uma tentativa de vincular sua solicitação de dados às tarefas legalmente atribuídas aos representantes sindicais.

Não se justificavam as razões pelas quais era necessário, relevante ou simplesmente conveniente proceder a esta descarga massiva e indiscriminada de dados pessoais.

Para o deslinde da questão, essencial uma ponderação sobre os limites de atuação sindical que são reconhecidos pela doutrina espanhola. Conforme NAVARRO:

> O direito à liberdade sindical consagrado constitucionalmente, para além do seu conteúdo essencial relativo à própria organização sindical e aos meios de ação sindical: greve, negociação coletiva e litígios coletivos, tem um conteúdo adicional de configuração jurídica.
>
> Segundo a doutrina reiterada (para todos, STC 64/2016, 11 de abril), as expressões do direito fundamental, o organizacional ou associativo e funcional ou de atividade,

> constituem o núcleo mínimo e indisponível, o conteúdo essencial da liberdade de associação. Mas junto com estes, os sindicatos podem ter direitos ou poderes adicionais, atribuídos por normas legais ou por acordos coletivos, que se somam a esse núcleo mínimo e indisponível de liberdade de associação.

Veja-se, portanto, que caminha a doutrina e jurisprudência espanholas no sentido de que existe um conteúdo mínimo de atuação sindical, assegurado constitucionalmente, o qual pode ser ampliado pela legislação ordinária ou por norma coletiva.

Embora em terras hispânicas a Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais (LOPD), em seu art. 12, tenha redação bastante próxima ao regramento nacional, autorizando o acesso aos dados pessoais pelo titular ou seu representante legal ou convencional, fato é que o alcance da representatividade e atuação dos sindicatos sequer foram consideradas, até mesmo por não deterem tamanha amplitude expressa em lei, cuja diretiva, reproduz-se na jurisprudência. É ver o art. 6.3 da Lei Orgânica de Liberdade Sindical (LOLS), que se refere à representatividade das entidades sindicais:

> 3. Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para:
> a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista.
> b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.
> c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.
> d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo.
> e) Promover elecciones para delegados de personal y comités de empresa y órganos correspondientes de las Administraciones públicas.
> f) Obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.
> g) Cualquier otra función representativa que se establezca

3. Legitimidade dos Sindicatos no direito pátrio

A legitimidade do sindicato para se ativar na defesa dos direitos e interesses da categoria, em questões judiciais ou administrativas, encontra sede constitucional: "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas" (art. 8º, inciso III, CR).

Os termos amplos do preceito não deixam dúvidas acerca da abrangência desse verdadeiro poder-dever das agremiações sindicais, cuja existência se justifica, inexoravelmente, ao mister de atuar na defesa, nas mais diversas frentes, dos interesses e direitos da categoria profissional.

A por vezes combatida distinção entre direitos e interesses tem total sentido na norma constitucional. O sindicato possui o poder-dever de atuar não somente quando diante de um direito subjetivo individual ou coletivo – aquele no qual se verifica a inflexão imediata do sujeito sobre o objeto, ambos perfeitamente definidos – mas também face ao interesse de progressivo incremento das condições de pactuação da mão de obra. Em termos práticos, pretensões de planos de saúde ou odontológico, incremento salarial, entre outras, desafiam a atuação sindical em seu favor.

Outrossim, essa legitimidade constitucional é deferida expressamente na frente judicial e também na administrativa, o que desvela que a Lei Maior não se compraz a uma perspectiva meramente de postulação judicial de direitos. Consagra, sem dúvidas, a substituição processual, mas vai além. Como uma norma à frente de seu tempo, no conceito de Justiça multiportas, sabedora de que as pretensões podem ser satisfeitas de modos diversos, valendo-se de vias não judiciais.

Não são raras as vezes em que as empresas se defendem de uma ação civil pública proposta pelo sindicato profissional, alegando, em sede preliminar, ilegitimidade ativa do sindicato autor, o que revela total incompreensão da amplitude constitucional da legitimidade deferida aos sindicatos. Invocam, ainda, os Temas 82 e 499 da Tabela de Repercussão Geral do STF, sustentando a necessidade de apresentação de autorização para o ingresso com ação civil pública e a juntada de relação de substituídos:

> Tema 82, STF: Discute-se o alcance da expressão "quando expressamente autorizadas", constante do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, para fins de se reconhecer a legitimidade para se promover execuções, independentemente da autorização de cada um de seus filiados. Mérito julgado: REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação espe-

cífica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. Trecho do voto do Min. Marco Aurélio: "Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação a agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ter sido implementada pela ré, a União, a defesa respectiva ".

Tema 499 do STF: A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, repetidas vezes, pronunciou-se, inclusive em precedentes obrigatórios, acerca da ampla legitimidade extraordinária detida pelos sindicatos na defesa dos interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria (Tema 823 da Tabela de Repercussão Geral):

> Repercussão geral reconhecida e reafirmada a jurisprudência do STF no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos. RE 883.642 RG, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18-6-2015, P, DJE de 26-6-2015, Tema 823.

O art. 5º, da Lei n. 7.347/85 defere aos sindicatos, como espécies de associações, a legitimidade para a propositura da ACP:

> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I – o Ministério Público;
> II – a Defensoria Pública;
> III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V – a associação que, concomitantemente:

> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
>
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por sua vez, o mesmo dispositivo, em seu § 6º, preceitua que "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

Em que pese o sindicato não detenha poderes para assinar Termo de Ajuste de Conduta (TAC), na medida em que constitui pessoa jurídica de direito privado, sua ampla legitimação para a defesa dos direitos individuais e coletivos dos integrantes da categoria, vocaciona a entidade inclusive para o ajuizamento de ação de execução lastreada em Ajuste firmado pelo ente público competente.

Isso porque o TAC constitui sucedâneo extrajudicial para a ação civil pública, sendo veículo de tutela de direitos transindividuais. A respeito da defesa dos direitos coletivos "*lato sensu*", o art. 83, do CDC consagra a atipicidade da tutela coletiva: "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Ademais, o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CR) impõe que os procedimentos previstos em lei sejam adequados não somente aos direitos por ela tutelados, mas também aos sujeitos que dela vão se valer e aos fins colimados. A respeito da efetividade processual e adequação do procedimento ao direito material, elucidativas as reflexões de Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 188/189):

> Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando sua capacidade de atender de maneira idônea ao direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito mate-

> rial. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Tratando especificamente da seara judicial, as sucessivas tentativas de limitar a ação sindical no processo coletivo vêm sendo rechaçadas pela jurisprudência da Suprema Corte, distinguindo especialmente a atuação na condição de substituição processual, como ocorre em sede de ação civil pública e em mandado de segurança coletivo:

> É prescindível a comprovação da situação funcional de cada substituído, na fase de conhecimento, nas ações em que os sindicatos agem como substituto processual. [**RE 363.860 AgR**, rel. min. Cezar Peluso, j. 25-9-2007, 2ª T, *DJ* de 19-10-2007.] = **AI 840.917 AgR**, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-9-2013, 1ª T, *DJE* de 5-11-2013.

> Tema 1119 da Tabela de Repercussão Geral do STF: É desnecessária a autorização expressa dos associados, a relação nominal destes, bem como a comprovação de filiação prévia, para a cobrança de valores pretéritos de título judicial decorrente de mandado de segurança coletivo impetrado por entidade associativa de caráter civil.

Recorrente também é a alegativa de que os direitos veiculados seriam individuais heterogêneos, não detendo o sindicato a legitimidade ativa para a sua defesa em juízo. Com o devido respeito ao argumento, a questão não se resolve na caixa da legitimidade, vez que o sindicato, nos termos constitucionais, detém legitimidade ampla para a defesa dos direitos e interesses da categoria, sejam individuais ou coletivos, sejam esses direitos homogêneos ou sem qualquer núcleo comum ou traço de identidade. O questionamento que parece apropriado ao caso é a adequação da via eleita para a defesa de tais direitos ou interesses, o que nem sempre será possível sob o regime da substituição processual em um processo coletivo.

Lado outro, qualquer interpretação consentânea com a hermenêutica constitucional imprimirá ao preceito a máxima efetividade (art. 5º, § 1º, CR), não se aceitando eventuais limitações à legitimidade sindical, inclusive eventualmente operadas pela via legislativa, que não com a pecha de suspeita de inconstitucionalidade.

4. Acesso do Sindicato aos dados pessoais dos empregados

Conforme analisado, a razão de existir do sindicato liga-se, inexoravelmente, à defesa e promoção dos direitos e interesses, individuais e coletivos, dos membros da categoria. No Brasil, a opção pela unicidade sindical reflete na ampla representação, pelas agremiações sindicais, de toda a categoria profissional, independentemente de filiação. Cuida-se, outrossim, de poder-dever constitucionalmente estabelecido.

No desempenho desse mister, o sindicato, não há dúvidas, necessita de diversos dados pessoais dos empregados – sensíveis ou não. Para instruir uma ação civil pública, por exemplo, os sindicatos podem necessitar de acesso aos CATs (Comunicados de Acidente de Trabalho) emitidos pela empresa. Já para a propositura de uma reclamação trabalhista em defesa do direito de um empregado, podem ser necessários os controles de jornada e recibos de pagamento de salários.

Esses documentos, contudo, permanecem, via de regra, com o empregador e não são raras as hipóteses de negativa de fornecimento desses documentos ao sindicato, sob os mais diversos argumentos.

A Lei n.º 13.709/2018 torna inescusável qualquer recusa nesse sentido. No contexto do acesso aos dados pessoais dos empregados pelo sindicato, ganham especial importância os princípios do livre acesso (art. 6º, inciso IV) e da transparência (art. 6º, inciso VI).

O primeiro deles, o livre acesso, assegura, aos titulares, a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais, ao passo que a transparência impõe seja garantido aos titulares, informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.
Outrossim, a LGPD é expressa ao afirmar que o titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, a qualquer momento e mediante requisição, a confirmação da existência de tratamento, o acesso aos dados, bem como a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, entre outros (art. 18).

Vale mencionar que a lei é enfática ao aludir a requisição, que remete a algo bastante impositivo, deixando clara a existência de um dever legal correlato, sendo esse um verdadeiro direito subjetivo detido pelo titular de dados pessoais, no caso, o trabalhador, diante do controlador, o empregador.

Reforçando esse aspecto impositivo, a LGPD vai além e assegura ao titular dos dados pessoais o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador

perante a autoridade nacional (art. 18, § 1º). Consagra, dessa forma, uma via administrativa, consubstanciada através do direito de petição constitucionalmente assegurado (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", CR), diretamente à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), para o acesso aos dados pessoais detidos pelo controlador.

Outrossim, mais interessante aos propósitos deste estudo é a previsão contida no art. 18, § 3º, a qual permite a construção de um silogismo de capital importância para a efetividade do direito de acesso aos dados pessoais no âmbito das relações de trabalho. Consoante tal preceito, "os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento". Cuida-se, portanto, de direito que pode ser exercido diretamente pelo empregado, titular dos dados pessoais, e também pelo seu representante legal.

Ora, na medida em que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, inciso III, da CR)", não há dúvidas de que no modelo sindical brasileiro, o sindicato é o representante de toda a categoria, em questões individuais ou coletivas, judiciais ou administrativas.

Por conseguinte, encontra-se autorizado e por quê não dizer, no estrito cumprimento de seu dever, ao requerer acesso aos dados pessoais dos trabalhadores para a defesa de seus direitos e interesses, sejam individuais ou coletivos.

E nesse ponto a legislação nacional se distingue da hispânica, pois enquanto naquele país se adota a liberdade sindical e não há a imposição de representação de toda a categoria, entre nós, esse poder-dever decorre diretamente de imposição constitucional, cujos termos expressos, que não se encontram no ordenamento espanhol, coloca o sindicato como o representante legal dos trabalhadores.

O paradigma espanhol parte da premissa de que, embora a empresa não seja titular dos dados e tampouco possa ser entendida como representante dos trabalhadores, possui responsabilidade quanto ao compartilhamento de dados pessoais, exsurgindo daí a necessidade de que a finalidade específica de obtenção dos dados pessoais dos trabalhadores seja informada no requerimento formulado pelo sindicato.

A mesma conclusão não pode ser aceita entre nós. O sindicato profissional é o representante legal dos trabalhadores e não havendo a obrigação de o próprio titular justificar o motivo pelo qual pretende acesso aos seus dados pessoais, tampouco há que se exigir a especificação sindical no que toca ao acesso aos dados pessoais do trabalhador, seu representado.

Se um dos fundamentos é a autodeterminação informativa, a qual, nos dizeres de Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser definida como o direito conferido a cada

pessoa de "controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-lhe que a pessoa se transforme em "simples objeto de informação" (art. 35 da Constituição da República Portuguesa), como decorrência, o acesso aos dados pessoais deve ser incondicionado, seja diretamente, seja por meio do representante legal.

Além do dever sindical de se ativar na defesa dos direitos e interesses dos membros da categoria, o acesso incondicionado do trabalhador aos seus dados pessoais, por intermédio do sindicato, ganha especial importância diante da assimetria que impera nas relações de trabalho, e à situação de dependência econômica do empregado em relação ao seu empregador, evitando-se embates diretos que possam conduzir a um rompimento do vínculo.

O parâmetro interpretativo na seara judicial, em que a mais alta Corte confere contornos elásticos à legitimidade ativa dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais dos integrantes da categoria, consentâneos com a dinâmica constitucionalmente positivada, serve certamente como baliza para a conformação da amplitude de direito de acesso aos dados pessoais pelos empregados, por intermédio do sindicato profissional, compreendendo-se, até mesmo que esse acesso representa, em matéria de tutela coletiva, uma via administrativa de defesa de direitos coletivos.

Por fim, o requerimento administrativo deverá ser atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

5. Produção antecipada de provas

Persistindo, entretanto, a recusa do agente de tratamento, abre-se a via judicial para a obtenção dos dados pessoais, o que poderá igualmente ser vindicado por meio da agremiação sindical, nos termos do art. 22 da Lei n.º 13.709/2018, o qual contempla, inclusive, a possibilidade de demanda coletiva:

> Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.

O CPC criou uma ação autônoma que objetiva produzir uma prova, sob o crivo do contraditório, antes da instauração da futura demanda, onde ela será utilizada, contemplando ainda a produção de prova como direito autônomo, do que ressai a possibilidade de que o processo de produção de provas seja proposto sem qualquer referibilidade a uma futura demanda.

A produção antecipada de prova poderá ainda ser requerida no bojo de um processo em curso, como um incidente processual, que antecipa o momento apropriado de instrução da causa.

A pretensão constitui apenas a produção da prova, que não será objeto de análise judicial, tanto que sequer fixa competência: o art. 381, § 3º do CPC é expresso ao estipular que a produção antecipada de prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

Em princípio, qualquer prova pode ser antecipada, com a exceção da documental, que será objeto da ação de exibição. Ao contrário do CPC/1973, o atual Código não exige demonstração de urgência para a antecipação, apenas fundadas razões para seu processamento. Devem ser indicados os fatos sobre os quais a prova recairá.

O CPC 381 enumera as situações que autorizam o pedido de produção antecipada de provas:

> Art. 381. (...)
>
> I – fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
>
> II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
>
> III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

O Código unificou a produção antecipada de prova e a justificação em um único procedimento (art. 381, § 5º, do CPC). A justificação objetiva tão somente o registro escrito de uma relação jurídica ou fato, para simples documento e sem caráter contencioso.

A competência para a produção antecipada da prova é do local de prestação de serviços (art. 651 da CLT), embora seja forçoso concluir que a opção pelo foro da localidade da prova, em regra, será coincidente com o local dos serviços.

Eventuais interessados na produção da prova (os potenciais réus na demanda futura) deverão ser citados para integrar a demanda, o que pode ser realizado a pedido da parte ou de ofício pelo juiz. Parece intuitivo que a prova produzida no incidente não poderá ser utilizada contra quem não tiver integrado o procedimento de produção antecipada.

Admite-se, contudo, a concessão de tutela provisória de urgência liminar, independentemente da citação dos interessados, em caso de extrema urgência, quando o tempo necessário para a integração dos demais ao processo, poderá fazer perecer a prova ou mesmo prejudicar sua produção.

Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, o que configura verdadeira hipótese de pedido contraposto. O juiz poderá indeferir o pedido, se a produção conjunta da prova acarretar excessiva demora (art. 382, § 3º, do CPC).

O art. 382, § 2º, do CPC limita a atividade judicial no procedimento à fiscalização da observância do devido processo legal, ao dispor que o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas. Tais características levaram Fredie Didier Jr a classificá-lo como de jurisdição voluntária (2015, p. 138), pois independe de alegação de conflito para seu processamento.

Da mesma forma, o art. 382, § 4º, do CPC estabelece que não cabe defesa nem recurso, salvo contra o indeferimento de produção da prova. Após um mês em cartório, prazo durante o qual permite-se extração de cópias e certidões pelos interessados, os autos são entregues ao promovente da medida.

Conclusão

O art. 8º da CLT autoriza o uso do direito comparado como fonte supletiva.

Na Europa, há forte tradição na proteção de dados pessoais. No caso analisado, a Suprema Corte espanhola pendeu para o direito à privacidade, entendendo que os termos postos na formulação dos delegados sindicais foram genéricos e que o pedido não pode se ancorar, única e exclusivamente, na liberdade sindical, devendo ser específico no que tange às necessidade e finalidade.

A doutrina e jurisprudência espanholas caminham no sentido de que existe um conteúdo mínimo, assegurado constitucionalmente, à atuação dos sindicatos, o qual pode ser ampliado pela legislação ordinária ou por norma coletiva.

Embora em terras hispânicas a Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais (LOPD), em seu art. 12, tenha redação bastante próxima ao regramento nacional, autorizando o acesso aos dados pessoais pelo titular ou seu representante legal ou convencional, fato é que o alcance da representatividade e atuação dos sindicatos sequer foram consideradas, até mesmo por não deterem tamanha amplitude expressa em lei, cuja diretiva, reproduz-se na jurisprudência.

Entre nós, se o contexto normativo é similar no que tange à legislação de proteção de dados pessoais, o mesmo não se pode afirmar quanto à atuação sindical. A Constituição Federal desde logo traça limites amplos de legitimação e de representação dos trabalhadores pelos sindicatos, em um contexto de unicidade sindical. Essa conforma-

ção constitucional ampla é referendada pela jurisprudência na legitimidade judicial para defender os interesses e direitos, individuais e coletivos, dos integrantes da categoria, independentemente de filiação.

Filtragem constitucional, portanto, impõe interpretar que os sindicatos são representantes legais dos trabalhadores, inclusive para requerer o acesso aos dados pessoais dos empregados controlados pelo empregador, viabilizando a defesa, judicial ou administrativa, dos seus direitos e interesses.

Não é exagero afirmar que, no contexto de grave crise sanitária e econômica, passa-se a depender da atuação sindical para que o direito de acesso dos trabalhadores a seus dados pessoais tenha mínima efetividade, a ser exercido por meio dos sindicatos.

Embora a via judicial continue aberta, inclusive com a possibilidade de produção antecipada de provas, há inegáveis consequências no desafogamento dos canais processuais, vez que se abre a via administrativa, por meio da autoridade nacional de proteção dados. Na tendência da virtualização do procedimento, a obtenção de dados pessoais, vazados em documentos, tende igualmente a diminuir a importância da prova oral, tão tradicional nas reclamações trabalhistas.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, JJ Gomes. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 6ª edição; Editora Saraiva; São Paulo, 2004.

JODAR, Pere. ALÓS, Ramon. BENEYTO, Pere, VIDAL, Sergi. La representación sindical en España: cobertura y limites. Cuadernos de Relaciones Laborales. Ediciones Complutense. In: https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/59555/4564456546786. Acesso: 18/08/2021.

MELO, Raimundo Simão. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 3ª edição; Editora LTR; São Paulo, 2008.

MIZIARA, Raphael. MOLLICONE, Bianca. PESSOA, André. Reflexos da LGPD no Processo e no Direito do Trabalho"; Editora RT; São Paulo, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume Único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho: atualizado conforme o CPC 2015 e reforma trabalhista*. São Paulo, LTr, 2018.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. Fricções entre o acesso do sindicato às informações e a proteção de dados. Revista da Jurisprudência do Trabalho 4/21. In: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001262. Acesso em 17/08/2021.

Lei nº 14.151/2021: descumprimentos e consequências

CECILIA VIANNA[1]

CLAUDIO ARAUJO SANTOS DOS SANTOS [2]

JANETE APARECIDA DESTE[3]

Em 13/05/2021 entrou em vigência a Lei nº 14.151/2021, trazendo em seu bojo apenas dois artigos e uma imposição clara e taxativa: a determinação de afastamento das empregadas gestantes das atividades presenciais durante a emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus.

A Lei vem sendo severamente criticada por diversos (e justificados) motivos – nenhum deles pela justa proteção que visa alcançar à maternidade, aí compreendidos a gestante e o nascituro, mas em razão da ausência de estudo prévio que examinasse seus impactos à redação rasa adotada pelo legislador –, deixando muitas dúvidas/incertezas e agravando o cenário de insegurança jurídica que já assombrava as relações de trabalho e as relações jurídicas de modo geral.

Dentre tudo que a Lei não diz, pretendemos abordar aqui os possíveis desdobramentos do seu descumprimento, sem, contudo, esgotar o assunto.

A Lei nº 14.151/2021 é absolutamente silente em relação às consequências legais específicas que decorram do seu descumprimento.

É evidente que a ausência dessa previsão legal específica, ou seja, de não haver previsão no corpo da própria Lei que impõe a obrigação de fazer (afastar a gestante, sem prejuízo de sua remuneração), não significa que inexistem consequências. Há consequências e, a nosso ver, não só aos empregadores, mas também às empregadas, no

1 Advogada, Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Curso de Preparação à Magistratura do Trabalho – FEMARGS, Especialista em Gestão pelo programa de MBA em Gestão Empresarial pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

2 Advogado, Especialista em Direito e Processo do Trabalho – Unisinos, Curso de Preparação à Magistratura do Trabalho – FEMARGS, Pesquisador do Núcleo de Pesquisas PUCRS/CNPQ Relações de Trabalho e Sindicalismo.

3 Mestre em Direito pela PUCRS, Juíza do Trabalho Aposentada – Tribunal Regional do Trabalho- 4ª. Região, Professora de Direito Processual do Trabalho e de Direito do Trabalho, Titular do JURIS JAD, Instituição destinada à preparação de candidatos aos concursos da Magistratura Trabalhista e Ministério Público do Trabalho, Advogada, Membro da ASRDT - Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

caso de descumprimento. Num e noutro caso, podem ser severas.

Inicialmente, cumpre destacar que, em razão da ausência de penalidades específicas na Lei, naturalmente incidirá a legislação geral ao caso concreto e esta legislação contém penalidades.

São diversas as hipóteses de descumprimentos que podemos pensar, destacando-se inicialmente as quatro mais prováveis: (a) o não afastamento da empregada das atividades presenciais; (b) a não preservação integral da remuneração; (c) a resistência da empregada; e (d) a exposição, pela empregada, a situações de risco que quebrem a preservação visada pela legislação. As duas primeiras hipóteses caracterizam ilegalidade por parte do empregador; as duas últimas, por parte da empregada.

Os descumprimentos contratuais por parte do empregador automaticamente nos remetem, no âmbito das relações de emprego, ao exame do disposto no art. 483 da CLT, em que encontramos assento legal para a rescisão indireta do contrato de trabalho, como consequência de falta grave patronal.

Com efeito, o art. 483 da CLT elenca as hipóteses em que o empregado pode "*considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização*", autorizando o ajuizamento de ação com vistas à declaração da rescisão indireta. Ao examinar as alíneas do dispositivo em comento, três abrem margem à discussão de sua aplicação ao caso em análise:

> a exigência de serviço defeso por lei (alínea "a");
> a ocorrência de perigo manifesto de mal considerável (alínea "c"); e
> o não cumprimento das obrigações do contrato pelo empregador (alínea "d");
> As três hipóteses legais previstas no artigo acima citado nos parecem perfeitamente aplicáveis diante de eventual inobservância pelo empregador do dever de afastamento da empregada gestante das atividades presenciais, autorizando, inclusive, a empregada a postular a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Iniciando pela primeira – a exigência de serviço defeso por lei – nos parece razoável concluir pela perfeita concreção à norma. Ora, se há uma lei em vigência impondo o afastamento da empregada gestante das atividades presenciais, exigi-las vai de encontro direto à vedação legal, tipificando clara e diretamente a hipótese prevista na alínea "a" do art. 483 da CLT.

Do mesmo modo, a empregada gestante pode – e deve – negar-se ao trabalho presencial com fundamento no dever de preservação à saúde – sua e do nascituro – encontrando amparo, assim, também na alínea "c" do dispositivo já citado. Com efeito, se há uma lei determinando o afastamento das empregadas gestantes das atividades pre-

senciais, é evidente que parte do pressuposto de que apenas o afastamento confere dita proteção. Portanto, contrariá-la é expor a gestante a "perigo manifesto de mal considerável", nesse caso à saúde e integridade física tanto da empregada como do nascituro.

Finalmente, a hipótese prevista na alínea "d" (alusiva ao descumprimento das obrigações contratuais), ainda que mais ampla, é igualmente incidente à hipótese discutida. Vale lembrar que as obrigações contratuais compreendem o conjunto de deveres do empregador, oriundo das mais diversas fontes do Direito, incluindo, portanto, a nova obrigação trazida no corpo da lei ordinária.

Pelos diversos fundamentos acima examinados, tem-se claramente possível, a plena possibilidade de buscar a rescisão indireta do contrato de trabalho caso o empregador esteja exigindo atividades presenciais da empregada gestante, em desacordo com o que claramente estatui a Lei nº 14.151/2021.

Cumpre acrescer, ainda, que a busca pela rescisão indireta, pela própria natureza do instituto, não implica renúncia à estabilidade, devendo a indenização estender-se também a este período, ou seja, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto", conforme prevê o art. 10, II, "b", do ADCT).

A rescisão indireta do contrato é, assim, a medida imediata de que pode lançar mão a empregada, caso o empregador não observe a determinação de afastamento imposta pela nova legislação, a fim de preservar a sua saúde e a do seu bebê – conferindo proteção à maternidade – objetivo visado pela Lei e pelo nosso ordenamento jurídico como um todo.

Mas e o que acontece se a empregada seguir trabalhando e houver ciência inequívoca do estado gestacional pelo empregador? É inquestionável que o empregador atrai para si toda a responsabilidade por possíveis danos que essa situação possa acarretar (notadamente se a gestante vier a contrair o vírus e tiver outros prejuízos à sua saúde ou à saúde do nascituro). Além disso, também é evidente a possibilidade de discussão quanto ao cabimento de indenização por dano moral decorrente do fato (inclusive em razão da exposição em si, independentemente de outros danos, prejuízos ou desdobramentos).

Sem dúvida, se é pesado ao empregador o ônus de manter a empregada afastada naqueles casos em que é impossível executar o trabalho em domicílio, dentro das possibilidades previstas em lei (teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância), certamente o seu descumprimento acarreta ônus ainda maior, que pode não se limitar às verbas decorrentes da rescisão indireta com a consideração de todo o período estabilitário, mas abrangendo outros danos que por ventura possam ocorrer, inclusive em razão de possível contaminação da gestante pela COVID.[4]

---

4 Além das "indenizações" que podem existir em decorrência de eventual prejuízo à saúde da gestante e/ou

De outra parte, o retorno da empregada ao ambiente e às atividades presenciais só acontecerá em duas hipóteses: (a) o término do estado de "emergência de saúde pública"[5] previsto na Lei; ou (b) o término da própria gestação.

Outra hipótese de descumprimento legislativo passível de incorrer o empregador – essa de ordem material – é não preservar a integralidade da remuneração à gestante, uma vez que a Lei estabelece claramente no *caput* do art. 1º que *a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração*. (grifo dos autores)

Os desdobramentos e correspondentes consequências identificadas nessa hipótese são de maior previsibilidade: não tendo o empregador observado a integralidade da remuneração, será responsabilizado a ressarcir à empregada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos que a conduta tenha causado[6].

A maior discussão em torno do tema[7] está justamente em melhor definir o que seja "remuneração", para os fins visados pela Lei nº 14.151/2021 – acarretando dúvida, por exemplo, quanto à sua compatibilidade com as medidas emergenciais anteriores previstas nas Medidas Provisórias nºs 1045 e 1046, de 2021, que abrangem o pagamento do benefício emergencial (parcela de natureza indenizatória) – o que não será objeto de exame do presente estudo.

Além dos possíveis descumprimentos pelo empregador, temos ainda discussão em torno da inobservância pela própria empregada: e se a mesma não aceitar o afastamento? Se recusar ao trabalho em domicílio, ou mesmo à eventual licença remunerada? Seriam válidas essas condutas? Há campo para intervenção do Sindicato a fim de chancelar a manifestação de vontade dessa empregada gestante?

Respondendo a estas perguntas, a partir do texto isolado da Lei, temos que esta não contempla qualquer tipo de flexibilização, não confere margem à negociação, independentemente da condição da própria gestante (se a gestação é de baixo risco; se está vacinada; se não tem interesse, ou condições de executar suas atividades remotamente; se é hipersuficiente; se trabalha sozinha; se não se expõe durante o percurso de desloca-

do bebê, é preciso referir que a rescisão indireta, para a gestante, ainda que necessária é, neste caso e neste momento, um problema futuro para o reingresso no mercado de trabalho (ainda mais disputado em razão da pandemia). Sair de um emprego neste momento, ainda que seja a decisão que melhor atenda à gestante e ao nascituro, traz prejuízos futuros que, possivelmente, as indenizações mencionadas não devem absorver.

5 Mais uma crítica à Lei, considerando que o conceito temporal da condição do afastamento trazido no art. 1º é absolutamente aberto, subjetivo, dando margem a diversas interpretações e, por não trazer um marco final concreto, implica mais insegurança jurídica.

6 Suponhamos que a empregada tenha sofrido outros prejuízos decorrentes da percepção de remuneração parcial, por exemplo, em os comprovando, poderá buscar ressarcimento.

7 Além da polêmica decorrente da omissão do legislador ao não prever qualquer forma de custeio estatal, ou ressarcimento ao empregador, decorrentes da imposição de afastamento.

mento para o trabalho – e no próprio local de trabalho – ou simplesmente se o trabalho, ou meio ambiente de trabalho, lhe faz bem) ou da natureza do trabalho realizado (se o ambiente é seguro, a atividade não envolve riscos, etc.).

A Lei foi taxativa e contempla obrigação imperiosa às duas partes: empregada e empregador. O afastamento é compulsório. Portanto, não pode a empregada se recusar; tampouco poderá o empregador anuir ou mesmo relevar qualquer tipo de resistência apresentada (considerando que a responsabilidade decorrente da manutenção de atividade presencial será sua, conforme visto).

Resta agora abordar se a conduta da empregada gestante na sua vida privada – especialmente quando a mesma não guarda o dever de proteção que o empregador visou ao impor o afastamento do trabalho presencial – pode repercutir no contrato de emprego e/ou acarretar consequências ao mesmo.

É possível considerar que a empregada gestante que se exponha deliberadamente a risco (frequentando ambientes inadequados, públicos, com alta concentração de pessoas, por exemplo) esteja também descumprindo a lei?

A resposta aqui, a nosso ver, é afirmativa.

A Lei, ao determinar que a empregada seja afastada de suas atividades profissionais presenciais, podendo executá-las exclusivamente em domicílio, mostra clara intenção de preservar a empregada (e a maternidade), evitando a circulação e, por consequência, possível contaminação. Ao eleger esta forma de proteção, impôs ao empregador, e somente a ele, os ônus deste afastamento. Desta forma, temos como muito grave a conduta da empregada que negligencia a sua própria proteção, que tem garantia específica na Lei em comento, se expondo aos riscos que devem ser evitados, lembrando que cabe ao empregado, a teor do art. 158 da CLT, colaborar com a empresa, observando as normas de segurança e medicina do trabalho, consistindo ato faltoso a recusa injustificada à observância das instruções dadas pelo empregador (parágrafo único do art. 158).

Assim, desde que o empregador tenha determinado o afastamento imposto pela Lei e orientado a trabalhadora sobre as razões que o determinam, estará autorizado a romper o contrato por justa causa, nos moldes do previsto no art. 482, alínea "h" (ato de indisciplina ou de insubordinação).

À exceção do objetivo visado com a Lei, de proteção à maternidade – que é bastante ampla em nosso ordenamento e não está aqui sendo questionada – amesma pecou ao ser publicada com redação tão superficial, embora seu impactoseja profundo. A ausência de qualquer subsídio governamental decorrente do afastamento compulsório não acarreta prejuízo apenas econômico, e aos empregadores, mas previsíveis efeitos indesejáveis no que tange à discriminaçãoda mulher no mercado de trabalho.

Em conclusão, entendemos ser possível – e esperado – que alguma regulamentação (*lato sensu*) seja trazida para, de alguma forma, oferecer um pouco mais de "estabilidade" e segurança jurídica às relações de trabalho. Não obstante – com regulamentação ou não –, talvez seja o maior momento para que os atores[8] (gênero) da relação de emprego, muito especialmente as entidades sindicais (sindicatos profissionais e patronais) assumam protagonismo, atuando e pactuando não somente em prol das respectivas categorias (dever legal), mas de forma solidária, visando a coletividade, neste momento difícil para toda a humanidade, com adoção de procedimentos que extrapolem a sua obrigação original, buscando o bem comum.

8 ***Todos aqueles integrantes da sociedade que, de alguma forma, "participam" da relação de emprego, sejam os próprios atores principais – empregado e empregador –, seja o Ministério do Trabalho, seja a Procuradoria do Trabalho, seja Juiz, seja sociedade como um todo, seja, no caso, os sindicatos.***

Teletrabalho em tempos de pandemia e o direito à desconexão

ANDRÉA PRESAS [1]

FLÁVVYA WANESSA ABREU MARQUES [2]

Resumo

Este artigo lança uma reflexão crítica acerca do teletrabalho durante a pandemia da COVID-19 que assolou o mundo, em contraposição ao direito à desconexão. Se o teletrabalho já era uma modalidade de labor que vinha se firmando de forma mais frequente no mundo contemporâneo, a pandemia causada pelo coronavírus acelerou e expandiu a sua adoção, especialmente na modalidade *home office*. Nesse contexto, e considerando ser o teletrabalho uma realidade que se propõe a permanecer e se solidificar, defende-se uma compatibilização do meio ambiente laboral equilibrado com o teletrabalho, reconhecendo-se como dever do empregador proporcionar as medidas necessárias para que tal finalidade seja garantida. Em matéria de meio ambiente sadio, dá-se ênfase ao direito à desconexão, a despeito da ausência de regulamentação legal, propondo-se uma leitura combinada dos tímidos e insuficientes dispositivos celetistas com o arcabouço de normas protetivas da saúde e segurança do trabalhador extraídas do Texto Constitucional e da legislação internacional, visando, assim, que sejam respeitadas as regras de duração de trabalho.

Palavras-chaves

Teletrabalho; pandemia; direito à desconexão.

Abstract

This article launches a critical reflection on teleworking during the COVID-19 pandemic that has plagued the world, in opposition to the right to disconnect. If telecommuting was already a form of work that had been establishing itself more frequently in the contemporary world, the pandemic caused by the coronavirus accelerated and

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

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

expanded its adoption, especially in the home office modality. In this context, and considering that teleworking is a reality that proposes to remain and solidify, it is advocated a compatibility of the balanced work environment with teleworking, recognizing that it is the employer's duty to provide the necessary measures for this purpose to be guaranteed. In terms of a healthy environment, emphasis is placed on the right to disconnect, despite the absence of legal regulations, proposing a combined reading of the timid and insufficient Labor Laws with the protective norms for the health and safety of workers extracted from the Constitutional text and international legislation, thus aiming to respect the rules of working hours.

Keywords

Teleworking; pandemic; right to disconnect.

Introdução

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

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

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

cesso de trabalho, o desenvolvimento de doenças psíquicas, como depressão, ansiedade, transtorno do sono, estresse, fadiga, dentre outras.

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

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

Destarte, este artigo propõe uma reflexão crítica acerca do meio ambiente de trabalho surgido com essa modalidade de labor, teletrabalho, que fez despontar um novo e inusitado local de prestação de serviços bem distinto do previsível chão das fábricas. Surge, por vezes, de forma brusca e impensada, notadamente com o crescimento neste momento de pandemia do COVID-19 do *home office* (umas das modalidades mais conhecidas do teletrabalho), uma nova alternativa para a diminuição de custos pelas empresas e dos tempos considerados ociosos. O problema que exsurge e que será objeto de análise é o fato desta alternativa, sem desmerecer os seus pontos positivos, ter vindo desacompanhada de uma preparação prévia desse ambiente laborativo e dos meios de fiscalização por parte do empregador, notadamente no que concerne à duração da jornada cumprida. Tal situação acaba por afrontar o direito à desconexão, tão indispensável quando se pensa no teletrabalho.

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

Articula-se um debate teórico, no primeiro momento, sobre o disciplinamento legal/constitucional e doutrinário acerca do teletrabalho; na segunda parte, sobre o tele-

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

1. Teletrabalho: disciplinamento legal e doutrinário

O conceito de teletrabalho não se restringe ao trabalho em domicílio, possuindo uma interpretação mais alargada, a qual visa abarcar, nos dizeres de Luciano Martinez, toda organização laboral por meio da qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento[3].

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

Segundo Celio Pereira Oliveira Neto:

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

Esclarece que, apesar de o teletrabalho poder ser oferecido a partir de diversos locais, tais como o domicílio, telecentros públicos ou privados, oficinas satélites, locais móveis, como hotéis, aeroportos, de modo nômade, ou mesmo misto, quando envolve

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

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

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

mais de um método, a legislação brasileira não considera como tal o trabalho realizado em organização descentralizada montada e gerida pelo empregador, em atividade externa ou em regime misto[6].

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

Feitas tais ponderações, exsurge o seguinte questionamento: de que disposições legais, ainda que tímidas e insatisfatórias, nos valemos, no nosso país, para tentarmos compreender o teletrabalho? E, neste sentir, é preciso, inicialmente, trazer à baila o art. 6º do Texto Celetista, com a redação dada pela Lei n. 12.551 de 2011, que assim dispõe: "*Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego*". Houve um nítido propósito por parte do legislador em atribuir um tratamento equânime ao trabalho assim desenvolvido (no domicílio do empregado ou à distância) com relação àquele tradicionalmente realizado no estabelecimento do empregador, desde que, por certo, estejam atendidos os requisitos fáticos-jurídicos caracterizadores de uma relação de emprego, nos moldes dos arts. 2º e 3º deste mesmo diploma celetista. O referido propósito ficou, inclusive, estampado de forma expressa quando, no parágrafo único do aludido art. 6º, se deixou assentada a ideia sobre o requisito mais importante da relação de emprego, qual seja, a subordinação jurídica, de que "*Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*".

Anos após essas breves sinalizações a respeito do teletrabalho feitas na Consolidação das Leis Trabalhistas, a Lei n. 13.467 de 2017, denominada reforma trabalhista, incluiu um capítulo próprio II-A denominado "DO TELETRABALHO", disciplinando

---

6 Idem, p. 99.

alguns pontos e tratando de defini-lo no art. 75-B nos seguintes termos: "*Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo*". Visando dirimir qualquer dúvida a respeito da preponderância a que alude o dito dispositivo, o seu parágrafo único fora elucidativo no sentido de que o comparecimento por parte do empregado às dependências do empregador, visando à realização de atividades específicas que exijam a sua presença no estabelecimento, não descaracterizaria o regime de teletrabalho.

Combinada com essa disposição, outras poucas diretrizes acerca do teletrabalho foram definidas para essa modalidade de contratação nos dispositivos seguintes (art. 75-C ao art. 75-E da CLT), dispondo, por exemplo, que deve ser ajustada de forma expressa no contrato individual de trabalho; que a alteração entre regime presencial e de teletrabalho exige mútuo acordo entre as partes, bem assim registro em aditivo contratual; que a alteração do regime de teletrabalho para o presencial pode ocorrer por determinação do empregador, desde que seja garantido prazo de transição mínimo de quinze dias e haja o correspondente registro em aditivo contratual; que deverão estar previstas em contrato escrito as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como relativas ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, deixando assentado ainda que tais utilidades não integram a remuneração do empregado.

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

Além desse vazio eloquente, o legislador reformista foi mais além nessa desproteção quando, inobstante tratar insatisfatoriamente do teletrabalho nos parcos dispositivos a que se aludiu, olvidando de abordar questões de relevada importância, notadamente ligadas à

saúde e segurança do trabalho, fez questão de incluir, nos termos do art. no art. 62, III, da CLT, no rol daqueles empregados que não estão sujeitos ao capítulo específico da duração da jornada, "os empregados em regime de teletrabalho". Possibilitou-se, destarte, que trabalhadores nesse regime, por vezes por desinteresse de fiscalização por parte do empregador, suportem extenuantes e estafantes jornadas de labor ou tenham suprimidos intervalos indispensáveis para a higidez mental, em total desalinhamento com conquistas históricas que, a duras penas, se concretizaram em termos de duração e limitação da jornada.

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

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

> [...] entre as matérias objeto de negociação coletiva anual obrigatória (que na França é obrigatória para determinadas matérias), se deverá incluir, dentro das condições relativas à qualidade de vida dos trabalhadores, as modalidades do exercício do Direito à Desconexão, com a implementação de dispositivos para regular o uso das ferramentas digitais, a fim de garantir o cumprimento dos períodos de intervalos e férias, bem como o respeito à vida pessoal e familiar[7].

Mais recentemente, aponta-se a Lei da Argentina n.27.555/20[8], de 14 de agosto de 2020, editada com o propósito específico de regular o teletrabalho. Visando enfatizar a importância da limitação da jornada no teletrabalho, o seu art. 4º[9] disciplina que a jor-

---

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

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

9 ***"Artículo 4°- Jornada laboral. La jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos. Las plataformas y/o software utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados según lo***

nada deve ser pactuada previamente, por escrito e em conformidade com os limites legais e convencionais vigentes, prevendo, o que ressai em importância, que as plataformas e/ou softwares utilizados para os fins específicos do teletrabalho deverão se desenvolver de acordo com a jornada laboral estabelecida, impedindo que o trabalhador fique conectado fora dessa jornada expressamente prevista.

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

2. Teletrabalho no contexto de pandemia: realidade que se propõe a permanecer

O teletrabalho é uma realidade que, com a modernização do direito do trabalho e com as aceleradas inovações tecnológicas, vem crescendo bastante nos últimos tempos, principalmente com a fase pandêmica que atualmente se vivencia, provocada pelo COVID-19. Chegou sem avisar e ainda não tem tempo certo e delimitado para findar. As incertezas fazem parte deste cenário e, com elas, necessidades de ajustes e adaptações foram surgindo no ambiente laborativo.

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

Atento a essa realidade, o governo federal prontamente editou a MP n. 927 de 2020, que dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Malgrado a dita MP tenha caducado em dia 19 de julho de 2020, por não ter sido convertida em lei no prazo de sessenta dias a que alude o art. 62, §3º da CLT, suscitou, na realidade, uma série de questionamentos, dúvidas e discussões. E, na presente reflexão, ganha destaque o fato de ter reservado um capítulo específico para disciplinar a matéria – "DO TELETRABALHO"-, ratificando o que sustentamos alhures, a respeito do crescimento dessa modalidade de labor e da conclusão no sentido de ter sido esta uma alternativa viável para enfrentamento do período pandêmico e para minimização de seus

establecido en el artículo 18 de la presente, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral establecida, impidiendo la conexión fuera de la misma".

perversos efeitos para a economia. Restou assentada, no art. 4º da referida norma, a possibilidade de adoção da modalidade de trabalho e de alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado ainda o registro prévio da aludida alteração no contrato individual de trabalho. Tal proceder constitui uma nítida flexibilização dos direitos trabalhistas, já que o Texto Celetista dispunha sobre essas exigências formais para a sua implementação.

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

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

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

Como se pode observar, desta e de inúmeras outras matérias que despontaram atualmente sobre o teletrabalho, esta é uma realidade que veio para ficar. O mundo laborativo ganha contornos nunca antes percebidos e nunca mais será o mesmo. Os benefícios do teletrabalho foram percebidos e reafirmados pelo empresariado, notadamente ligados à redução dos custos, amoldando-se como uma luva aos propósitos capitalistas de geração de mais lucros, subvertendo, contudo, a lógica do Direito do Trabalho. A missão que exsurge, nesse contexto, é de rechaçar a malfadada visão que enxergava o homem como mera mercadoria, tão combatida na Declaração de Filadélfia de 1944, o que perpassa pelas respostas ao importante questionamento acerca da compatibilidade

10 Notícia extraída do site do SindusCon-SP, datada de 09/10/2020. Disponível em: < https://sindusconsp.com.br/teletrabalho-veio-para-ficar-depois-da-pandemia/>. Acesso em 01/11/2020.

dessa nova modalidade com a exigência constitucional de garantia de um meio ambiente laboral equilibrado, o que será objeto de análise a seguir.

3. Compatibilidade do meio ambiente laboral equilibrado com o teletrabalho

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

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

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

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

Não foi incomum nesse contexto de pandemia do COVID-19 a circulação de vídeos, mensagens de *WhatsApp* e até *memes* que revelam a grande quantidade de trabalhadores que não possuem em sua residência um espaço reservado para a realização de suas atividades laborais, realizando-as em qualquer parte da casa, de qualquer modo e sob condições desfavoráveis. Foi revelada ainda a situação de trabalhadores que compartilham com os integrantes da família um único computador, havendo notícias até mesmo de ter que realizar as atividades profissionais em horários noturnos, invadindo a madrugada, exatamente para deixar que o uso de tais equipamentos fosse feito pelos filhos durante o dia, para atendimento das demandas escolares. Revelou-se também a situação daqueles trabalhadores que não dispõem de um tempo específico para a realização das tarefas profissionais, haja vista a intensa e inovadora rotina de acompanhamento de teleaulas dos filhos menores combinada com os afazeres domésticos. Não se pode olvidar ainda da situação daqueles laboristas que tiveram o seu tempo de lazer e de convívio com a família e amigos integralmente invadido, haja vista a falta de uma limitação de jornada, sendo excessivo o número de ligações e de mensagens recebidas durante o dia, bem assim de tarefas para cumprimento.

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

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

Neste sentido, apontam Gilberto Stürmer e Denise Fincato que:

> No entanto, este dever de orientação para a higiene, saúde e segurança do/no trabalho, não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. Ao revés, a instrução a que alude o dispositivo deve ser entendida de forma mais abrangente e protetiva da relação, gerando garantias ao empregado e ao empregador. Assim, instruir deve ser compreendido como um conceito dinâmico e constante, de conteúdo mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí concluir-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção no ambiente laboral, assim como deva se precaver de acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido em uma gama ampla de documentos, tais como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional – PCMSO, entre outros[11].

Continua incólume, à luz do art. 927, "caput" e parágrafo único do Código Civil[12] e do princípio da alteridade, o dever do empregador de preparação do ambiente laborativo hígido e seguro, de fiscalização do labor desenvolvido, de oferecimento de cursos e de favorecimento de eventos relacionados à prevenção de doenças (por exemplo, ginástica laboral), e de adoção de toda e qualquer medida que vise evitar os riscos ambientais (físicos, químicos e biológicos), principalmente ergonômicos; bem assim, e no mesmo grau de importância, dos sérios riscos psicológicos, que podem despontar com o teletrabalho. E, neste viés, ressaltem-se as doenças psicológicas advindas da supressão do direito à desconexão do empregado, tema que será melhor abordado no capítulo seguinte.

4. O direito à desconexão no teletrabalho

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

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

12 ***BRASIL. Código Civil. Art. 927 do CC: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 25/10/2020.***

Os efeitos nefastos de tal exclusão não podem passar despercebidos. As regras de duração do trabalho guardam íntima conexão com as normas de medicina e segurança do trabalho e, nos dizeres de Vólia Bomfim[13], envolvem os períodos de labor, os de descanso e as condições de trabalho, tratando-se de normas imperativas que estabelecem direitos de ordem pública, impedindo que as partes renunciem, transacionem ou disponham das benesses concedidas pela lei ao empregado.

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

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

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

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

---

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

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

Convém ressaltar que o direito à desconexão está imbricado com a realização de um trabalho digno. Isso porque este, visando o resguardo da integridade física e moral do trabalhador, é totalmente incompatível com qualquer tipo de aprisionamento, seja físico, seja mental.

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

Nos dizeres de Guilherme Feliciano[17], em perspectiva estritamente normativa, o direito à desconexão laboral não se restringe a uma mera liberdade negativa – a de não ser instado a trabalhar por mais que oito horas por dia –, contemplando também um direito fundamental de conteúdo positivo, sendo obrigação do empregador assegurar aos seus empregados tal direito, a bem da preservação de sua integridade física e psíquica; além de ser dever dos poderes constituídos promoverem políticas públicas que garantam e fomentem a fruição ótima desse direito.

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

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

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

17 ***FELICIANO, Guilherme Guimarães.*** *Teletrabalho, horas extras e desconexão: tudo, menos uma 'escolha de Sofia.* ***Site eletrônico ESTADÃO. 22/10/2020. Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/teletrabalho-horas-extras-e-desconexao-tudo-menos-uma-escolha-de-sofia/>. Acesso em: 31/10/2020.***

isolados do convívio diário sadio com os demais colegas.

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

Sobre este aspecto, Deborah Dias Silva defende que os avanços tecnológicos não podem aprisionar o trabalhador, de modo a que este se veja impossibilitado de se desconectar completamente do ambiente laboral. Registra que as novas tecnologias (*smartphones*, *notebooks*, celulares e *tablets*) podem viabilizar a conexão desse trabalhador à empresa a qualquer hora e em qualquer lugar e que a exigência de conexão permanente pelo empregador, ainda que à distância por meios tecnológicos, importa em violação à desconexão do trabalho, gerando danos ao convívio familiar, à sua saúde, à sua intimidade, à sua vida privada[19].

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

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

Fazendo uma merecida e elucidativa crítica, compara Oscar Krost[21] a legislação

---

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

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

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

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

21 ***KROST, Oscar.*** *Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe.* ***Disponí-***

brasileira com a argentina, deixando assentada a sua posição, da qual partilhamos, de que a CLT, ao excluir o teletrabalhador do campo de incidência de seu capítulo sobre a duração do trabalho, incorreu em flagrante e injustificada afronta ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, à luz do quanto previsto no art. 7º, "caput", da Constituição Federal.

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

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

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

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

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

vel em: ,https://direitodotrabalhocritico.wordpress.com/2020/08/28/teletrabalho-na-argentina--e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>. Acesso em: 1º/11/2020.

22 ***KARFF, Rafael Neves,*** *ibidem.*

atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho; e II - que trata dos gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Neste mesmo sentido é o pensamento de Marcelo Rodrigues Prata e Eduardo Pragmácio Filho[23], que vaticinam:

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

Esclareça-se ainda, porque de suma importância, que a limitação da jornada de trabalho que ora se defende não tem o propósito restrito de monetização das horas de sobrejornada, embora de logo se deixa registrado que não faz qualquer sentido assegurar-se tal direito apenas aos trabalhadores que laboram presencialmente, sendo uma distinção odiosa suprimir tal direito dos trabalhadores em regime de teletrabalho. A limitação em debate tem o intuito maior de que a jornada e os intervalos sejam, de fato, devidamente observados, a fim de que se preserve o direito à desconexão. Este direito deve imperar sempre em face da realização das horas extras.

Sobre este aspecto, Guilherme Guimarães Feliciano[24] traz preciosas lições sobre a escolha a ser feita entre a referida "ordinarização" das horas extras e a desconexão razoável:

> Quando, ao revés, tratamos da "escolha" entre a desconexão razoável, por um lado, ou, por outro, a monetização das conexões intermináveis, por outro (i.e., a referida "ordinarização" das horas extraordinárias), não há maiores perplexidades para a escolha, seja no plano ético, seja mesmo no plano normativo (desde que bem orientado): impende prevalecer a integridade psicofisiológica da pessoa humana – e, logo, a sua dignidade –, mesmo contra a sua própria vontade eventualmente declarada (porque a colonização capitalista "normaliza" a reificação totalizante: o próprio in-

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

24 ***FELICIANO, Guilherme Guimarães.*** *Teletrabalho, horas extras e desconexão: tudo, menos uma 'escolha de Sofia.* ***Site eletrônico ESTADÃO. 22/10/2020. Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/teletrabalho-horas-extras-e-desconexao-tudo-menos-uma-escolha-de-sofia/>. Acesso em: 31/10/2020.***

> divíduo percebe-se como mercadoria e "vende-se" cada vez mais profundamente, se não lhe forem antepostas mínimas peias jurídicas). Esse, é claro, é um raciocínio por limites (que admitirá matizações e proporções, a depender das concretas circunstâncias de cada caso); mas, no limite, deve prevalecer a integridade da pessoa, não a sua autoimolação pelo ganho econômico.

Maurício Godinho destaca que, em suas novas regras sobre o teletrabalho, a CLT não enfrentou temas candentes como às limitações à tendência de exacerbação da disponibilidade obreira às demandas do trabalho no ambiente virtual e o denominado "direito à desconexão", temas de relevada importância nesse novo regime laborativo, pelo que se abre significativo espaço à interpretação e à integração nesse novo segmento jurídico laborativo[25].

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

Considerações finais

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

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

Defende-se ainda que, malgrado o legislador tenha excluído o teletrabalhador do

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

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

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

Referências

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

BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25/10/2020.

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

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

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

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

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teletrabalho, horas extras e desconexão: tudo, menos uma 'escolha de Sofia*. Site eletrônico ESTADÃO. 22/10/2020. Disponível em: < https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/teletrabalho-horas-extras-e--desconexao-tudo-menos-uma-escolha-de-sofia/>. Acesso em: 31/10/2020.

FINCATO, Denise; STÜRMER, Gilberto. *Teletrabalho em tempos de calamidade por*

COVID19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 341/363.

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

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

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

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

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

KROST, Oscar. *Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe*. Disponível em: <https://direitodotrabalhocritico.wordpress.com/2020/08/28/teletrabalho-na-argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>. Acesso em: 1º/10/2020.

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

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

AMATRA19

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA
19ª REGIÃO