

Arquivos do

INSTITUTO Brasileiro de Direito Social CESARINO JÚNIOR



**O NOVO CPC E O PROCESSO
DO TRABALHO**

**NOVAS TECNOLOGIAS E O
DIREITO DO TRABALHO**

. Art. 7º, inciso XXVII da Constituição
Federal

. Direito à 'desconexão'

Vol. 39 - 2015

**ARQUIVOS DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Nº 39 - 2015

Sumário

Apresentação.....	5
MARLY A. CARDONE	
1. O artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho.....	7
SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO	
2. Automação, Novas Tecnologias e a proteção do trabalhador - Contribuição para a regulamentação do inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal.....	35
CARLOS HENRIQUE DA SILVA ZANGRANDO	
3. Adicional de Desconexão: o tempo à disposição do empregador à luz das novas fronteiras da empresa.....	59
LUIZ MARCELO GÓIS	
4. Direito de Desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de emprego.....	79
CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO	

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “*Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” - SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 - CEP 01310-910 - SP - Fone 3285-0372
www.institutocesarinjunior.org.br - icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados são de exclusiva
responsabilidade de seus autores.*

APRESENTAÇÃO

Dada a promulgação do novo Código de Processo Civil-CPC, para entrar em vigor no dia 16 de março de 2016, o IBDSJC programou algumas palestras para o exame dos seus reflexos no processo do trabalho.

A primeira delas, proferida pelo nosso associado Desembargador do TRT da 2ª Região, SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO vai aqui estampada, da qual se extraem lições como, por exemplo, a diferença entre aplicação *subsidiária* ou *supletiva* do CPC, conforme seu art. 15, face ao art.769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para a segunda parte da revista, o tema escolhido foi o efeito de novas tecnologias nos direitos trabalhistas, seja na proteção à empregabilidade, art. 7º, inciso XXVII da Constituição, seja nas mudanças durante a prestação do serviço, quanto à duração do trabalho ou ao seu local de desempenho (teletrabalho).

O assunto tem sido preocupação do IBDSJC eis que, na revista ARQUIVOS nº 14, de junho de 1961, há uma série de textos sobre Automação. O vol. 22, de 1994, pg. 5, também publica estudo do então associado, saudoso IRANY FERRARI, acerca da “*A automação e o Direito do trabalho*”.

No *VI Congresso Brasileiro de Direito Social*, realizado em 1999 em Salvador, na Bahia, um dos temas foi ‘*Teletrabalho e relações de trabalho*’ (ARQUIVOS nº 27/1999, pg. 48).

Diante da produção avassaladora de novas tecnologias é necessário despertar os atores sociais, especialmente os sindicatos, para a importância da qualificação dos trabalhadores, tornando-os capazes de, deixando funções menos qualificadas, que vão sendo substituídas pela tecnologia, assumirem as de mais alto-relevo tecnológico.

Esperamos que o quadro oferecido por JEREMY RIFKIN, estudioso norte-americano da matéria, em seu livro “*O fim dos empregos*”, para as próximas décadas, possa não ser agravado. A obra é de 1995 e manifesta o pensamento de que no futuro, que já chegou, os que terão emprego, possuirão mais horas de lazer e muitos trabalharão em subemprego ou autonomamente e “*encontrar-se-ão afundando inexorável e permanentemente para a subclasse*” (Ed. Makron Books do Brasil Editora Ltda, SP, pg.262).

CARLOS ZANGRANDO, nosso brilhante associado do Rio de Janeiro, oferece no seu estudo sugestões para a regulamentação do inciso XXVII, do art. 7º da CF, após eficiente análise dos efeitos da tecnologia no nível de empregos.

Os trabalhos restantes, de LUIZ MARCELO FIGUEIRAS DE GOIS e CELIO PEREIRA OLIVEIRA NETO, ambos associados jovens e excelentes estudiosos do direito laboral, demonstram que o trabalho prestado com novas tecnologias não pode ‘escravizar’ o trabalhador, mas a tecnologia deve ser instrumento de facilitação da prestação do serviço, permitindo a manutenção da totalidade dos direitos sociais.

Certamente a leitura de todos os estudos será de imensa utilidade e provocará mais do que uma simples reflexão sobre os temas.

Marly A. Cardone
Presidente do IBDSJC

O ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO

Salvador Franco de Lima Laurino ()*

Sumário. 1. *Introdução: o novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho.* 2. *A unidade do direito processual: a teoria geral do processo e a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais.* 3. *A autonomia do processo do trabalho: o percurso histórico e as regras de procedimento.* 4. *O devido processo legal: a dimensão constitucional do procedimento.* 5. *A aplicação do processo civil como meio de integração das lacunas do processo do trabalho.* 6. *O art. 15 do novo Código de Processo Civil: a aplicação “subsidiária” e “supletiva” do processo civil ao processo do trabalho.* 7. *Vantagens e aplicações da distinção entre aplicação “subsidiária” e aplicação “supletiva”.* 8. *Conclusão: o artigo 15 do novo CPC e a crise da autonomia do processo do trabalho.*

1. Introdução: o novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho

Ainda que ao longo dos últimos vinte anos o Código de 1973 tenha sofrido diversas reformas que o mantiveram em condições de fazer frente ao desafio de oferecer adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, as sucessivas alterações que começaram em 1994 afetaram-lhe a coerência sistêmica que, inspirada no padrão do “processo ordinário de conhecimento”, ficou abalada por inovações como a antecipação de tutela, as medidas de coerção destinadas a assegurar a obediência às ordens judiciais, o regime de cumprimento de sentença.¹

(*) Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Processual do Trabalho na Escola Superior da Advocacia da OAB de São Paulo. Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

1 Sobre o modelo do “processo ordinário de conhecimento”, v. LUIZ GUILHERME MARINONI, “*O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos*”, in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, n. 65/1, 1999.

A par disso, o legislador estimou que inovações mais extensas e profundas ainda se faziam necessárias para reforçar a garantia do contraditório, a segurança jurídica e combater o persistente problema da demora na solução dos litígios. Embora pudessem ser introduzidas por meio de reformas pontuais, acentuariam a desorganização sistêmica, até em vista do largo significado político veiculado por algumas delas, em particular o regime de precedentes, o que certamente concorreu para a conveniência de elaborar um novo Código de Processo Civil.

No plano da arquitetura legislativa, o novo Código afastou-se do critério de distribuição das matérias do Código de 1973, que se organizou em torno de quatro Livros: Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. O Código de 2015 estrutura-se em torno de uma parte geral e de uma parte especial, o que resulta em quatro Livros: *i)* a Parte Geral - que concentra grande parte da matéria que estava no Livro destinado ao Processo de Conhecimento do Código de 1973 - e a Parte Especial, que se desdobra em três Livros – *ii)* Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença, *iii)* Processo de Execução e *iv)* Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais.

A aplicação do processo comum é um tema estratégico para a definição dos limites da autonomia do processo do trabalho. Não sem exagero, já se disse que é o enigma que a esfinge lhe propõe: “*Decifra-me ou devoro-te*”.² Daí que a compreensão das mudanças que o novo CPC produzirá no processo do trabalho depende do prévio entendimento do significado do artigo 15 do novo Código, que, junto com o velho artigo 769 da Consolidação, passa a disciplinar a aplicação “supletiva” do processo civil ao processo do trabalho.

2 Cf. MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO, “*As transformações do CPC e sua repercussão no processo do trabalho*”, site da ANAMATRA, acesso em 29-XI-2008.

2. A unidade do direito processual: a teoria geral do processo e a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais

Conforme ensina a Teoria Geral do Processo, há uma unidade fundamental no direito processual.³ Com efeito, o direito processual é como uma árvore, cujo tronco comum cresce até certa altura, quando começam a surgir os seus variados ramos: processo penal, processo civil, processo do trabalho. Apesar das diferenças que existem entre eles, todos derivam de uma mesma base jurídica, o que lhes condiciona a estrutura e o funcionamento.⁴

Nessa metáfora, o tronco da árvore representa o núcleo jurídico comum a todos os ramos do direito processual, um *sistema jurídico* que compreende os princípios constitucionais (*acesso à justiça, devido processo legal e independência dos juízes*), os institutos fundamentais (*jurisdição, ação, defesa e processo*) e a finalidade do sistema processual (*tutela jurisdicional*).⁵

Em essência, o processo civil e o processo do trabalho são iguais. Por uma perspectiva política mais abrangente, ambos são instrumentos por meio do qual o Estado exerce a jurisdição com o

3 Sobre as origens e evolução da teoria geral do direito processual, v. NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso*, in *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, 1992, p. 513.

4 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Das medidas cautelares na Justiça do Trabalho*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, 347.

5 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Processo trabalhista e processo comum*, in *O processo em sua unidade*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 123. Como explica CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Sistema é um conjunto fechado de elementos interligados e conjugados em vista de objetivos externos comuns, de modo que um atua sobre os demais e assim reciprocamente, numa interação funcional para a qual é indispensável a coerência entre todos. Sistema processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos*” (Cf. *Instituições de direito processual civil*, I, São Paulo, Malheiros, 2001, n. 67).

objetivo de solucionar conflitos, proteger sua ordem jurídica e, dessa forma, atribuir tutela jurisdicional a quem tem razão no litígio, seja o autor, seja o réu.⁶

No plano da *ciência jurídica*, a unidade do sistema processual permite a elaboração de uma *teoria geral do direito processual*, uma disciplina de introdução ao estudo do direito processual cujo objeto é o corpo de conhecimentos comuns a todos os ramos do direito processual – os métodos, os princípios constitucionais, os institutos fundamentais e as finalidades do sistema.⁷

No plano da *norma posta*, a unidade permite a aplicação de regras do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais, o que é particularmente importante para o processo do trabalho, cuja operacionalidade depende da freqüente aplicação de regras do “*processo comum*”.⁸ Aliás, a superação das

6 “*Não passam despercebidas as diferenças que existem entre os diversos ramos do direito processual, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, o poder, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção, nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo, nem pode se afastar tanto que dê a impressão de se isolar do sistema*” (Cf. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros, 1993, n. 8, p. 73).

7 Cf. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRIONOVER e CANDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 27-30. “*Ao mesmo tempo em que é uma disciplina dogmática, voltada ao estudo sistemático das normas do sistema processual, ordenando-as em vista de sua aplicação prática, a teoria geral do processo, como qualquer teoria geral no campo do Direito, é também uma abordagem crítica, com uma função especulativa que não se limita às questões de natureza formal, indagando também sobre o papel político e social do sistema processual, o que a leva a buscar o apoio do direito comparado, da filosofia e de ciências humanas como a história, a sociologia, a antropologia e a ciência política*” (Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 1988, pp. 42-46).

8 Convém lembrar que nem sempre o processo civil é o “*processo comum*”. Embora as lacunas do processo individual de conhecimento sejam sanadas por meio da aplicação do Código de Processo Civil (CLT, art. 769), as lacunas do processo de execução são superadas por meio da aplicação da Lei de Execução Fiscal (CLT, art. 889), enquanto as lacunas do processo coletivo do trabalho são superadas com a aplicação do chamado “*processo coletivo comum*”, cuja base é formada pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor (CLT, art. 769 e artigos 1º e 21, IV, da LACP).

lacunas é possível justamente porque o sistema processual é único, o que permite que seus elementos interajam de forma a complementar os processos especiais por meio das regras do “*processo comum*”.⁹

Apesar da unidade do sistema processual, num dado momento termina o tronco das regras comuns e começam a surgir as diferenças entre os variados ramos do direito processual, o que decorre do caráter instrumental do processo, que, conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material.¹⁰

Dessa necessidade de adequação resulta a autonomia do processo do trabalho. Cuida-se, entretanto, de uma “*autonomia relativa*”,¹¹ uma vez que o processo do trabalho se sujeita a uma “*dupla dependência*”. Primeiro, vincula-se à base jurídica comum a todos os ramos do direito processual – o “*modelo constitucional de processo*” referido no artigo 1º do novo CPC -¹² e, depois, ao “*processo comum*”, com o qual tem uma controvertida relação de complementação.

9 Na velha lição de EDUARDO COUTURE, “*interpretar a lei não é interpretar o Direito, mas um fragmento deste. Interpretar o Direito, isto é, averiguar o sentido de uma norma em sua acepção integral, pressupõe o conhecimento do direito em sua integridade, bem como a necessária integração entre a parte e o todo*” (Cf. *Interpretação das leis processuais*, tradução Gilda Meyer Russomano, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 2).

10 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*Processo trabalhista e processo comum*”, in *O processo em sua unidade*, cit., p. 123.

11 Cf. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Tratado de direito judiciário do trabalho*, São Paulo, LTr, 1977, p. 41.

12 Como explica CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, o artigo 1º do Novo CPC “*alberga a necessidade de o CPC ser ‘ordenado, disciplinado e interpretado’ com observância do ‘modelo constitucional’ ou, como nele está escrito, ‘conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República’*. E certo que, em rigor, a norma é desnecessária em função, justamente, da força normativa da Constituição”. *Trata-se, de qualquer sorte, de iniciativa importante para fins didáticos, quiçá educacionais e que, por isso mesmo, deve ser muito bem recebida pela comunidade do direito processual civil como um todo. Até porque, não fosse por ele, diversos outros dispositivos distribuídos no Capítulo I do novo CPC preveem expressamente a incidência do ‘modelo constitucional’, notadamente dos princípios constitucionais ao longo do processo, o que deve ser compreendido como ênfase da importância da perspectiva constitucional influenciar na compreensão da interpretação e da aplicação das normas processuais civis*” (Cf. *Novo código de processo civil anotado*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 41).

Em face desses condicionamentos, há quem negue a autonomia do processo do trabalho. Nessa linha, o jurista argentino RAMIRO PODETTI, que argumentou que os princípios que presidem o processo do trabalho também podem se aplicar ao processo civil “*com levíssimas variações de intensidade*”.¹³ No mesmo sentido, VALENTIN CARRION, para quem o processo do trabalho não tem autonomia face ao processo civil, não surge do Direito do Trabalho e nem possui princípio próprio algum, uma vez que todos os princípios que o norteiam - oralidade, celeridade etc. - são comuns ao processo civil.¹⁴

3. A autonomia do processo do trabalho: o percurso histórico e as regras de procedimento

Na primeira metade do século XX, o processo do trabalho conquistou o estatuto de ramo autônomo do direito processual ao romper com os postulados liberais do processo civil. O esforço de adequação aos valores protegidos pelo Direito do Trabalho resultou na formação de um processo simples, rápido, econômico e eficiente que buscava assegurar o equilíbrio entre litigantes de forças desiguais.¹⁵

Enquanto o processo civil se destinava à solução de conflitos entre litigantes que estariam em pé de igualdade, o processo do trabalho buscava equilibrar uma relação marcada pela desigualdade de forças. O impulso oficial, o poder de instrução do juiz, o recurso contra sentença sem efeito suspensivo, a irrecurribilidade das decisões interlocutórias, o poder do juiz de iniciar a execução eram inovações

13 Cf. *Tratado del proceso laboral*, Buenos Aires, Ediar, 1949, apud AMAURI MASCARO NASCIMENTO, *Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 107.

14 Cf. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 557.

15 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*Processo trabalhista e processo comum*”, cit., p. 123.

que rompiam com a concepção individualista do processo civil, em que o juiz agia como mero espectador de um duelo entre sujeitos iguais, sem maiores poderes de impulso e instrução exatamente para que sua intervenção não viesse a desequilibrar a disputa judicial.

Tamanho foi o impacto ideológico dessas inovações que, ao lado de FRANCESCO CARNELUTTI,¹⁶ a quem se atribui o reconhecimento da autonomia do processo do trabalho,¹⁷ NICOLA JAEGER vislumbrou no processo do trabalho uma categoria intermediária entre o processo civil e o processo penal.¹⁸ Com posição mais radical, EDUARDO COUTURE afirmava que o processo do trabalho era um processo estranho a todos os princípios do processo civil,¹⁹ enquanto o mexicano ALBERTO TRUEBA URBINA dizia que ele estava fora da teoria geral do processo, que seria a *teoria geral do processo burguês*, sujeitando-se à teoria geral do processo social.²⁰

Ocorre que a evolução do processo civil ao longo da segunda metade do século XX mostrou que a ruptura não foi assim tão profunda. As transformações jurídicas que sucederam à Segunda Guerra Mundial – a crise do positivismo jurídico, a abordagem constitucionalista do processo, o movimento de acesso à justiça – aproximaram o processo civil do mesmo ideal de efetividade e confirmaram que a base jurídica do processo do trabalho, cujos fundamentos estão na Constituição, é a mesma que define a estrutura e a dinâmica dos demais ramos do direito processual.²¹

16 Cf. “*Funzione del processo del lavoro*”, in *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. VII, 1930, p. 109.

17 Cf. CARLOS COQUEIJO COSTA, *Direito processual do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 12.

18 Cf. *Corso de diritto processuale del lavoro*, Padova, IDEA, 1932, p. 11.

19 Cf. “*Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo*”, in *Tribunales del trabajo*, Santa Fé, 1941, p. 128.

20 Cf. *Nuevo derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa, 1941, I, pp. 10-25.

21 Sobre o tema, conferir o nosso *Tutela jurisdicional – cumprimento dos deveres de fazer e não fazer*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

Daí que a identidade do processo do trabalho não está em “*objetivos*” ou em “*princípios*” próprios. A diferença em relação ao processo civil está no plano do procedimento, num conjunto especial de normas que assegura o equilíbrio entre os litigantes na solução dos conflitos decorrentes da relação de trabalho. É a partir desse conjunto de regras de procedimento que se deve apurar a compatibilidade que, na forma do artigo 769 da Consolidação, permitirá ou não a aplicação “*supletiva*” do processo civil ao processo do trabalho.

4. O devido processo legal: a dimensão constitucional do procedimento

Como qualquer outro ramo do direito público, o processo do trabalho opera de maneira a equilibrar a tensão entre a *autoridade* do Estado e a *liberdade* dos indivíduos e grupos.

A *liberdade* tem duas dimensões. Uma dimensão *negativa*, de feição *liberal*, concebida como proteção contra o arbítrio; e uma dimensão *positiva*, de feição *democrática*, que diz com a oportunidade de *participação* na formação das decisões do poder público e de acesso a prestações essenciais à dignidade da pessoa humana, como a justiça.²²

No campo do direito processual, a tensão entre *autoridade* e *liberdade* é equilibrada por meio dos princípios do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, que, representando as bases políticas do sistema processual, são os pontos de partida que condicionam a *interpretação* e a *aplicação* das regras de direito processual de um modo geral.

O *acesso à justiça* representa a *autoridade*. É o direito à jurisdição. É a garantia de que as pretensões dirigidas ao sistema judiciário serão aceitas, processadas e julgadas de modo a atribuir efetiva tutela jurisdicional a quem tem razão. O direito de livre e

22 Cf. NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1990, p. 32.

amplo acesso à jurisdição é o pressuposto de eficácia de todos os demais direitos da ordem jurídica, pois de pouco valeriam as leis se não houvesse instituições judiciárias independentes e com força superior aos litigantes para impor o cumprimento da lei sempre que faltasse a obediência espontânea.²³

O *devido processo legal* representa a *liberdade*. Concebido no século XIII como freio ao poder do soberano, culminou por se constituir em elemento fundamental no Estado de direito.²⁴ O princípio assegura o direito a um *processo justo*. Por definição, o processo é um *procedimento em contraditório*.²⁵ Enquanto o procedimento é a garantia de legalidade, de que as atividades realizadas no processo, destinadas à aplicação da lei, serão também guiadas pela lei, o *contraditório* é a garantia de que os litigantes terão ciência dos atos praticados no processo para que possam participar da formação do convencimento do juiz, formulando alegações, produzindo provas, interpondo recursos para o fim de obter um provimento favorável à sua própria esfera de interesses.²⁶

O princípio abriga um conjunto de garantias que se consolidaram ao longo da história de lutas da humanidade contra o arbítrio para o fim de assegurar o direito a um processo justo. Além do direito ao *procedimento* e ao *contraditório*, que são como o *corpo* e a *alma* do processo judicial, o devido processo legal compreende também as garantias do juiz natural, da ampla defesa, da publicidade, da

23 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, I, cit., p. 199.

24 Cf. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 85.

25 Cf. ELIO FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, UTET, 1983, pp. 51/54.

26 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O princípio do contraditório” in *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 90.

coisa julgada, que se coordenam em um método cujo objetivo é impedir que alguém venha a perder a liberdade ou os seus bens sem a oportunidade de participar da formação do convencimento de um juiz independente e imparcial.

Como os demais ramos do direito processual, o processo do trabalho é um espelho do Estado democrático de direito. Assim como é a possibilidade de participação da sociedade em eleições regulares, com liberdade de imprensa, que legitima o exercício do poder dos governantes, é a oportunidade de participação dos litigantes em contraditório, sob o império da lei, que confere legitimidade política ao provimento de poder que o juiz emite no processo.²⁷

Nesse quadro, o procedimento representa a garantia de *legalidade* no processo. A *legalidade* é elemento essencial à consecução do fim de justiça abrigado no princípio do devido processo legal porque a *liberdade* – em seus dois sentidos, como autonomia e como participação na formação das decisões do poder político - depende da possibilidade de prever e calcular ações futuras com um mínimo de previsibilidade, o que é impossível com a irrestrita liberdade de o juiz alterar as regras de procedimento sempre que as julgar inadequadas às suas concepções pessoais de efetividade da tutela jurisdicional.

Como lembra CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “*um sistema ideal e utópico de liberdade formal absoluta, em que fosse permitido a todos os sujeitos processuais externar suas intenções e vontades como bem entendessem, seria porta aberta à insegurança e ao arbítrio. A construção formal do sistema do processo, temperada pelas regras de tolerância contidas na garantia constitucional de liberdade dos litigantes e na instrumentalidade das formas, é penhor de fidelidade da ordem processual aos valores inerentes ao devido*

27 *Idem*, p. 93.

processo legal. A experiência milenar mostra que a probabilidade de obter resultados justos pela via processual depende de ter sido 'justo e equo' o próprio processo e que este não o será quando não for realizado segundo as cautelas representadas por exigências formais razoáveis".²⁸

Embora seja pedra angular do Direito do Trabalho, o princípio de proteção contido no *caput* do artigo 7º da Constituição não é absoluto. Sua interpretação não prescinde da ponderação com outros princípios constitucionais, em particular com o princípio do devido processo legal. A busca pela efetividade da ordem jurídica, que decorre do princípio do acesso à justiça, não é exclusividade do processo do trabalho, visto que todos os ramos do direito processual têm por objetivo a efetiva, adequada e tempestiva tutela jurisdicional, o que invalida certa linha de pensamento que sobrevaloriza o princípio de proteção de forma a legitimar o abrandamento da legalidade do procedimento.

Não é excessivo lembrar que o exercício da jurisdição no Estado democrático de direito é governado por *ética de responsabilidade*. A generosidade dos fins abrigada no princípio de proteção não justifica desviar dos caminhos formais traçados pela Constituição para atribuir tutela jurisdicional. Não se busca a efetividade a qualquer preço, mas com justiça. Efetividade sem as garantias de justiça do devido processo legal é *ética de convicção*, o discurso autoritário em que a suposta generosidade dos fins justifica os meios utilizados para atingi-los.²⁹

28 Cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, III, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 530.

29 “*A revolta contra o formalismo? Sempre foi uma típica característica das ditaduras, que não tem freios nem limites ao arbítrio de suas autoridades. Certamente não é necessário que se recorde a apaixonada defesa feita por CALAMANDREI do princípio da legalidade. E, no fundo, em que consiste o princípio da legalidade, senão em uma forma de designar mais amavelmente o formalismo. Naturalmente, tudo isto não impede a jurisprudência de orientar a interpretação da lei, adaptando-a, quando é necessário, às variáveis exigências da sociedade, da economia e dos costumes*” (Cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, “*A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei*”, in *Revista de Processo* n.º. 43, p. 60).

Como assinala FERRUCIO TOMMASEO, é importante não se deixar apanhar pela armadilha que se esconde na polêmica contra o formalismo. Confundir o formalismo com as suas degenerações alimenta uma atitude perniciosa que coloca em dúvida a utilidade do estudo das formas processuais e gera uma postura de hostilidade que favorece o que se chamou de a “*grande ilusão*”, a enganosa ideia de que a jurisdição pode ser bem exercida com uma desmedida redução das formas processuais.³⁰

5. A aplicação do processo civil como meio de integração das lacunas do processo do trabalho: a norma do artigo 769 da Consolidação

Embora não haja uma diferença ontológica entre processo do trabalho e o processo civil – afinal, ambos são instrumentos com que, por meio de um método dialético de debate, o Estado exerce a jurisdição para o fim de solucionar conflitos e proteger a esfera jurídica de quem tem razão -, é certo que, no plano das regras do procedimento, se estabelece uma controvertida relação de complementação, uma vez que as freqüentes lacunas do processo do trabalho devem ser integradas por normas do “*processo comum*”.³¹

Com o propósito de ser simples e, portanto, acessível, rápido e eficiente, o processo do trabalho não disciplina temas essenciais ao exercício da jurisdição, o que implica uma grande dependência do processo comum. É pacífico na jurisprudência o cabimento da aplicação de um alargado conjunto de regras do processo civil sobre as espécies de pedido, requisitos da contestação, antecipação de tutela, litisconsórcio necessário, regime da produção de provas,

30 Cf. *Appunti di diritto processuale civile – nozione introduttiva*, Torino, Giappichelli, 1995. pp. 14-15.

31 Sobre o conceito de “*processo comum*”, ver nota n. 8.

extensão e profundidade dos efeitos dos recursos, limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, eficácia preclusiva da coisa julgada, ação rescisória, ação declaratória, matéria de embargos à execução, embargos de terceiro, poder geral de cautela.

Nesses casos, a aplicação do processo civil decorre de um *imperativo jurídico*. Pese embora a omissão do processo do trabalho em se ocupar desses temas ao detalhe, impõe-se que os valores contidos nos princípios constitucionais, sobre os quais se estrutura o processo judicial em sua unidade, notadamente o acesso à justiça e o devido processo legal, prevaleçam na disciplina concreta, prática, cotidiana de um determinado processo judicial.

Em outros casos, a aplicação do processo comum justifica-se por um *juízo de conveniência*. Conquanto não haja um imperativo jurídico que imponha a aplicação do processo comum, como sucede em temas fundamentais para o exercício da jurisdição, como o regime da coisa julgada, a aplicação do processo civil justifica-se por um juízo de aprimoramento do processo do trabalho à luz da Constituição, como ocorre, por exemplo, com as figuras da reconvenção e da denunciação da lide, que, embora admitidas, poderiam ser excluídas do processo do trabalho em nome da celeridade, já que podem ser comodamente substituídas pela via da ação autônoma de regresso.

A norma de regência para a aplicação do processo civil como meio de integração das lacunas do processo do trabalho é o artigo 769 da Consolidação: “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”.³²

32 A interpretação da regra do artigo 769 da Consolidação é objeto de disputa por duas correntes: *a tradicional e a reformista*. Amparada na letra do artigo 769 da Consolidação, a corrente tradicional defende que a integração depende de duas premissas: *i)* a omissão do processo do trabalho em cuidar de determinada situação processual e *ii)* a compatibilidade da norma de processo comum com o procedimento do processo do trabalho ao qual se pretende aplicá-la. Por sua vez, a corrente *reformista* opõe-se afirmando que a

De maneira analítica, a aplicação subsidiária do processo civil justifica-se pelo binômio “*compatibilidade + omissão*”: *i) omissão* do regime do processo do trabalho (“*Nos casos omissos...*”) e *ii) compatibilidade* com a lógica formal de seus procedimentos (“*...o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”).

Dois desafios interpretativos são corriqueiros na dinâmica do processo do trabalho. O primeiro é distinguir as “*verdadeiras lacunas*” das “*falsas lacunas*”, também conhecidas como “*silêncio eloqüente*”. No primeiro caso, em nome da simplicidade do procedimento, a lei apenas relega ao processo comum a disciplina pontual de determinadas matérias; no segundo caso, o sistema jurídico intencionalmente deixa de disciplinar determinada situação justamente para excluir a aplicação do processo comum.

Além da chamada “*lacuna normativa*”, que significa a ausência de norma específica para regular determinada situação, a doutrina mais recente menciona a “*lacuna axiológica*”, que representa a ausência de norma justa para a solução de um caso específico - embora exista um preceito normativo específico, sua aplicação levaria a um

utilização conjugada das ideias de omissão e de *compatibilidade* tende a levar a um bloqueio exagerado na relação do processo do trabalho com o processo comum. Por isso, a aplicação do processo comum deve ser orientar não por uma “*compatibilidade formal*” com as normas do processo do trabalho, mas com os “*princípios informadores*” ou com os “*objetivos institucionais*” por ele perseguidos. Assim, independentemente da compatibilidade com as regras de procedimento, seria legítima a aplicação de toda norma do processo comum que suponha uma “*abreviação*” ou “*simplificação*” do processo do trabalho, que busque dinamizá-lo com o propósito de lhe conferir maior eficiência. Sobre o tema, ver o nosso “*Aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho*”, in *Curso de Direito do Trabalho*, III, coordenação de Jorge Luiz Souto Maior e Marcos Orione Gonçalves Correia, São Paulo, LTr, 2009, e MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO, “*As transformações do CPC e sua repercussão no processo do trabalho*”, cit.

resultado injusto ou insatisfatório -, e a “*lacuna ontológica*” - apesar da existência de norma específica para o caso, ela perdeu atualidade em virtude da evolução das relações sociais.³³

Identificada a lacuna, o segundo desafio interpretativo, não menos controvertido, é encontrar a solução mais adequada para a integração da omissão. Nesses casos, a aplicação do processo civil legitima-se pela *compatibilidade* com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho, na linha do que dispõe o artigo 769 da Consolidação - “... *exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título*” -, que, convém sublinhar, é o Título X, que se ocupa do “*Processo Judiciário do Trabalho*”.

O juízo de “*compatibilidade*” com o processo comum deve ser formulado perante a lógica formal dos procedimentos e não em face de “*objetivos institucionais*” ou “*princípios informadores*” do processo do trabalho, uma vez que, em essência, os objetivos e os princípios do processo do trabalho são comuns aos demais ramos do direito processual. O que a doutrina aponta como “*princípios*” do processo do trabalho são, na verdade, “*regras*” de procedimentos ligadas à oralidade e que estão presentes em outros campos do processo civil, como, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais, que se destinam à proteção de direitos tão relevantes quanto os que emergem da relação de emprego, como são os benefícios previdenciários e a remuneração de servidores públicos.³⁴

O princípio de proteção contido no “*caput*” do artigo 7º da Constituição não se sobrepõe ao princípio do devido processo legal e, portanto, não justifica um regime de liberdade de formas em que

33 Cf. LUCIANO ATHAYDE CHAVES, “*As lacunas no Direito Processual do Trabalho*”, in *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*, org. Luciano Athayde Chaves, São Paulo, LTr, 2007, p. 52-96.

34 Ver Lei nº 10.259, de 12 de Julho de 2001.

o juiz esteja dispensado da aplicação de regras “*envelhecidas*” para misturar livremente o processo civil com o processo do trabalho de maneira a imprimir maior eficiência do sistema judiciário, já que, ao fim e ao cabo, essa postura significa a própria negação da garantia de procedimento legal.³⁵

6. O art. 15 do novo Código de Processo Civil: a aplicação “subsidiária” e “supletiva” do processo civil ao processo do trabalho.

Decerto com o propósito de reforçar a segurança jurídica na controvertida relação de integração entre o processo civil e os processos especiais, em particular no que se refere ao processo do trabalho,³⁶ o artigo 15 do novo CPC fixou que “*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”.

À partida, não há contradição com a norma do artigo 769 da Consolidação, o que exclui a hipótese de sua revogação, parcial ou integral. O artigo 15 do novo CPC dispõe sobre a aplicação do processo civil aos *processos especiais* – “*processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos*”, sem se referir exclusivamente ao processo do trabalho. Logo, possui natureza de “*lei geral*” que,

35 Por todos, ver a posição do magistrado MAURO SCHIAVI: “*Assim como o Direito Material do Trabalho adota o princípio protetor, que tem como um dos seus vetores a regra da norma mais benéfica, o Direito Processual do Trabalho, por ter um acentuado grau protetivo, e por ser um direito, acima de tudo instrumental, com maiores razões que o direito material, pode adotar o princípio da norma mais benéfica, e diante de duas normas processuais que possam ser aplicadas à mesma hipótese, escolher a mais efetiva, ainda que seja a do Direito Processual Civil e seja aparentemente contrária à CLT*” (Cf. “*Novas reflexões sobre a aplicação do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho à luz da recente jurisprudência do TST*”, in *Revista LTr*, v. 72, n. 03, p. 274, mar. 2008).

36 Cf. PAULO CESAR PINHEIRO CARNEIRO, *Breves comentários ao novo código de processo civil*, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2015, p. 94.

em face do atributo de generalidade, não derroga a “*lei especial*” anterior, conforme resulta do disposto no § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.³⁷

Se não houve revogação, cumpre indagar se houve alteração do sentido do artigo 769 em relação aos critérios vigentes para a aplicação do processo civil. Por esse ângulo, a comparação revela que há coincidência quanto ao critério de *omissão* - “*Nos casos omissos...*” (CLT, art. 769) + “*Na ausência de normas que regulem processos...*” (NCPC, art. 15). As diferenças surgem em relação: *i*) à forma de aplicação da norma do processo civil, uma vez que a Consolidação refere somente aplicação “*subsidiária*”, ao passo que o Novo CPC acrescenta a aplicação “*supletiva*”, e *ii*) à exigência de compatibilidade, já que, enquanto o novo CPC silencia a propósito, a Consolidação condiciona a aplicação do processo civil à compatibilidade (“... *exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título*”).

Quanto ao requisito da *compatibilidade*, o silêncio do artigo 15 do novo CPC é irrelevante, já que, face à natureza de regra geral, ele cede passo à regra especial do artigo 769 da Consolidação, que condiciona a aplicação da norma de processo comum à compatibilidade com o conjunto de regras de procedimento do processo do trabalho (“... *exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título*”). Nem poderia ser diferente. Se a compatibilidade fosse desnecessária, estaríamos diante de uma situação de revogação do artigo 769 da Consolidação, o que já se constatou não ser o caso.

37 “*Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*” (‘a lei geral posterior não derroga a lei especial anterior’) é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar, por si só, a queda da autoridade da prescrição especial vigente... Em princípio não se presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto. Incumbe, entretanto, ao intérprete verificar se a norma recente eliminou só a antiga regra geral, ou também as exceções respectivas” (Cf. CARLOS MAXIMILIANO, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 360).

Portanto, a alteração trazida pelo artigo 15 do novo CPC é o acréscimo do vocábulo “*supletivo*” ao lado da tradicional fórmula de aplicação “*subsidiária*”. De início, tomando em consideração o cunho vernáculo das palavras, até seria possível defender a sinonímia entre o vocábulo “*supletivo*” e “*subsidiário*”.³⁸ À objeção de que a lei não contém palavras inúteis, pode-se responder que o preceito não é absoluto.³⁹ O próprio Código de 1973 tem exemplos que desmentem a sentença, mostrando que nem sempre as palavras podem ser compreendidas por seu valor de face. Nessa linha, o artigo 268 diz que “*O pedido deve ser certo ou determinado*”, embora a doutrina sempre tenha entendido a conjunção alternativa “*ou*” pela aditiva “*e*”, que é exatamente o contrário do que está escrito.⁴⁰ Por sua vez, o inciso VIII do artigo 485 dispõe que a *sentença de mérito*, transitada em julgado, pode ser rescindida quando houver fundamento para invalidar a “*desistência*”. Como a sentença de homologação da “*desistência*” sequer faz coisa julgada material, a doutrina a compreendeu o vocábulo “*desistência*” como “*renúncia*”, dado que o texto fora inspirado no CPC de Portugal, em que “*desistência da instância*” correspondia à nossa “*renúncia*”.⁴¹ Ainda no campo da ação rescisória, a hipótese do inciso IX do artigo 485 – “[*sentença de mérito*] fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da

38 Nesse sentido, o significado jurídico de “*subsidiário*” apontado por DE PLACIDO E SILVA: “*Do latim subsidiarius (que é de reserva, que é de reforço), na linguagem vulgar designa o que vem em segundo lugar, isto é, é secundário, auxiliar, ou supletivo (grifei). Nesta razão, o que se mostra subsidiário, como secundário, revela, ou pressupõe, o principal, a que vem, conforme as circunstâncias, auxiliar, apoiar, ou reforçar*” (Cf. *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, IV, p. 278).

39 Cf. CARLOS MAXIMILIANO, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., p. 251.

40 “*A certeza e a determinação não são sinônimos, nem requisitos alternativos. A partícula ‘ou’, dessa forma, deve ser entendida como ‘e’, de tal modo que todo pedido seja sempre ‘certo e determinado’*” (Cf. HUMBERTO THEÓDORO JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, I, 1985, p. 387).

41 Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 167.

causa” – apenas adquire sentido razoável quando a palavra “*resultante*” é substituída pela expressão “*que transparece*”, tradução mais adequada do verbo “*risultare*” contido no texto inspirado no CPC da Itália: “*errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa*”.⁴²

Por outro lado, é bem sabido que a interpretação sistemática sobrepõe-se à interpretação gramatical em termos de eficiência para apurar o exato sentido da lei. Como explica EROS GRAU, não se interpreta o direito “*em tiras*”, “*aos pedaços*”, mas no seu todo. “*Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum*”.⁴³ No entanto, quando se compara o artigo 15 com outras disposições do novo Código que empregam o vocábulo “*supletivo*” e “*subsidiário*” – artigos 194, 316, 324, além do parágrafo único do artigo 769 -, percebe-se que não há uniformidade de sentido que permita eliminar as dúvidas semânticas e aportar num significado inequívoco para os dois termos, ainda que nos limites do Código.

De todo modo, apesar dos sinais de uma possível sinonímia, é recomendável seguir a lição da Hermenêutica clássica. Como ensina CARLOS MAXIMILIANO, “*na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último*”.⁴⁴ Começemos pelas explicações do

42 *Idem*, pp. 171-172.

43 Cf. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 40.

44 “*Se de um trecho não se colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma. Bem avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica nestes termos: ‘deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula ou sentença’. Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo de seus autores. Todavia é possível e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último. Quando, porém, o texto é preciso, claro o sentido e o inverso se não deduz, indiscutivelmente de outros elementos de Hermenêutica, seria um erro postergar expressões, anular palavras ou frases, a fim de tornar um dispositivo aplicável a determinada espécie jurídica.*” (Cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., p. 251).

legislador. Em emenda à redação do artigo 15 do Novo CPC, o Deputado Federal Reinaldo Azambuja, do PSDB do Mato Grosso do Sul, justificou a distinção entre “*supletivo*” e “*subsidiário*”. Explica que, com frequência, os termos “*aplicação supletiva*” e “*aplicação subsidiária*” têm sido usados como sinônimos, quando, na verdade, não o são. Assim, a *aplicação subsidiária* significa a integração do processo civil nos processos especiais de modo a preencher as lacunas da lei principal, enquanto a *aplicação supletiva* ocorre quando uma lei completa a outra.⁴⁵

Na mesma linha, embora voltada para o campo dos negócios jurídicos privados, a doutrina JOSÉ TAVARES BORBA, para quem a aplicação subsidiária significaria a integração da legislação para preencher as lacunas com preceitos imperativos, ao passo que a aplicação supletiva destinar-se-ia-se a incidir naquelas hipóteses em que poderia ter disposto o contrato.⁴⁶

No plano do Direito Processual, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO assinala que “*existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto*”. Acrescenta que, “*na prática, tem-se confundido a etimologia destas palavras, aplicando, uma ou outra, nos dois sentidos*”, como mostra a regra do artigo 769 da Consolidação.⁴⁷

À luz desses apontamentos e da jurisprudência dos tribunais do trabalho, é possível aportar numa primeira conclusão. O processo civil tem aplicação ao processo do trabalho duas situações: quando há um *imperativo jurídico de integração* destinado à superação de uma

45 <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/922280>, acesso em 15 de março de 2015.

46 Cf. *Direito Societário*, Rio de Janeiro, *Renovar*, 2007, p. 121/123.

47 Cf. *Breves comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 94.

“*lacuna*” e quando está em causa um juízo de conveniência voltado ao aprimoramento do processo do trabalho em face dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal.

A primeira hipótese visa à integração de “*lacuna*” em matérias essenciais ao exercício da jurisdição, como o regime de coisa julgada, em que a aplicação do processo civil é obrigatória. Na segunda hipótese, apesar de não existir “*lacuna*”, a aplicação do processo civil passa a ser obrigatória sempre que existir compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho, com o que fica excluído o escrutínio de compatibilidade com “*objetivos*” ou “*princípios*” do processo do trabalho.

Se prestigiarmos o sentido como o vocábulo “*subsidiário*” sempre foi usado na jurisprudência dos tribunais do trabalho, podemos avançar que haverá *aplicação subsidiária* quando estiver em causa um *imperativo jurídico de integração*, ao passo que haverá aplicação supletiva quando, suposta a compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos, estiver em causa um *juízo de conveniência* voltado ao aprimoramento do processo do trabalho.

7. Vantagens e aplicações da distinção entre “*aplicação subsidiária*” e “*aplicação supletiva*”

Ainda que o artigo 15 do novo CPC não represente propriamente uma inovação na forma como já se entende a aplicação do processo comum ao processo do trabalho, visto que o sentido de “*supletivo*” já está abrangido na maneira como a jurisprudência entende a aplicação “*subsidiária*”, é inegável que a novidade, para além de seu sentido prescritivo, exprime valiosa forma de sistematização de um costume muito antigo na Justiça do Trabalho.

Ao explicitar no plano dos conceitos a exigência de aplicação do processo civil tanto em caso de *necessidade* de integração da lacuna

como em caso de *conveniência* para o aprimoramento do sistema, diferença sobre a qual não se tinha consciência no processo do trabalho, apesar de comum na prática, será possível uma aplicação mais criteriosa do processo civil ao processo do trabalho, o que vai ao encontro do princípio da segurança jurídica.

Nesse esforço de busca por precisão conceitual – “*mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência pelo refinamento maior ou menor de seu vocabulário específico*” -,⁴⁸ pode-se dizer que a *aplicação supletiva*, que é a novidade trazida pelo artigo 15 do novo CPC, envolve aqueles casos intermédios em que, apesar de não existir propriamente uma “*lacuna*”, que é o que justifica a aplicação subsidiária, também não se configura uma hipótese de “*silêncio eloqüente*”.

A hipótese que impõe a *aplicação supletiva* é uma categoria intermediária entre a *verdadeira lacuna* – a omissão que justifica a aplicação subsidiária - e o *silêncio eloqüente* – a situação que exclui a aplicação do processo comum. Na aplicação supletiva, não é apropriado dizer que há “*lacuna*”, visto que, mesmo sem a aplicação do processo civil, o processo do trabalho mostra-se operacional, como bem ilustram as hipóteses da reconvenção e da denunciação da lide. Apesar disso, em nome de um juízo de aprimoramento do processo do trabalho, o legislador definiu que a partir de agora é obrigatória a aplicação do processo civil mesmo nessas situações.

Por outro lado, na conjugação com o artigo 769 da Consolidação, a regra do artigo 15 do novo CPC sublinha a exigência de *compatibilidade* com as regras de procedimento do processo

48 “*Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados sem inclusão em uma estrutura adequada, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim. A medida que a ciência jurídica se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vai sentindo os reflexos dessa evolução, tornando-se mais minucioso e apurado*” (Cf. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, “*Vocabulário de direito processual*”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, I, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 136/137).

do trabalho como o critério para aplicação do processo civil ao processo do trabalho, o que exclui a *aplicação* ou o *afastamento* da regra do processo civil pautada por parâmetros subjetivos como “*princípios informadores*” ou “*objetivos institucionais*” do processo do trabalho.

Segue-se que, para o bem e para o mal, exclui-se qualquer hipótese de *aplicação supletiva* do processo civil quando não existir compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho. Daí que não se aplica a norma contida no artigo 219 do novo CPC, que fixou a contagem de prazos apenas em dias úteis, a qual conflita com a regra do artigo 775 da Consolidação,⁴⁹ bem como está afastada a aplicação da norma do artigo 459 do novo CPC, que permite aos advogados a faculdade de formular as perguntas diretamente às testemunhas, já que o artigo 820 da Consolidação tem disposição diferente sobre a mesma matéria.

Por igualdade de motivos, não subsiste motivo para se aplicar a multa prevista no parágrafo 1º do artigo 523 do novo CPC, que corresponde ao antigo artigo 475-J, simplesmente porque, pese eventual conveniência para a efetividade da execução, não há compatibilidade lógico-formal com o procedimento que a Consolidação estabeleceu para a fase de execução no processo do trabalho.⁵⁰

De outro lado, há temas estruturantes do sistema processual que, situados no plano do “*modelo constitucional de processo*”, afetarão o processo do trabalho por meio da *aplicação subsidiária* ou, no

49 Em sentido contrário: PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Breves comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 95.

50 Sobre a incompatibilidade da aplicação de regra com a estrutura lógico-formal do procedimento de execução do processo do trabalho, ver por todos ESTÉVÃO MALLETT, “O processo do trabalho e as recentes modificações do código de processo civil”, *Revista LTr*, vol. 70/6, 2006, p. 670. No mesmo sentido, a Súmula n. 31 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região: “*Multa do art. 475-J do CPC. Inaplicabilidade ao processo do trabalho. A multa prevista no art. 475-J do CPC não é aplicável ao Processo do Trabalho*”.

limite, por aplicação supletiva do processo civil. Nesse sentido, deve-se referir a força atribuída à garantia do contraditório, que se irradia por todo o sistema processual como expressão do princípio do devido processo legal.⁵¹

Ao proibir a chamada “*decisão-surpresa*”, aquela proferida sem que as partes tenham a oportunidade prévia de se manifestar,⁵² a norma do artigo 10 assegura também aos *terceiros* a oportunidade de manifestação antes de eventual decisão que possa vir a afetá-los, o que, em essência, nada mais é que irradiação do princípio do devido processo legal, pelo qual, por definição, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem oportunidade de se manifestar para influenciar a formação da convicção de um juiz independente e imparcial.

Na linha de valorização do contraditório, tem particular importância para o processo do trabalho a regra contida no artigo 18 do novo CPC que, com pequena diferença de linguagem, praticamente reproduz a regra de legitimação do velho artigo 6º do CPC - “*Ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*” - e acrescenta, no parágrafo único, que, “*Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial*”.

O objetivo é assegurar o *contraditório* ao terceiro que, embora não seja sujeito do processo, é titular da relação jurídica controvertida.⁵³

51 Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Novo código de processo civil anotado*, cit., p. 46-48.

52 *Idem*, p. 47.

53 Conforme a lição de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que traduz o entendimento uniforme da doutrina, o conceito de terceiro é obtido em contraposição ao conceito de parte, que, na conhecida definição de ENRICO TULLIO LIEBMAN, é o sujeito do contraditório instaurado perante o juiz (Cf. *Manual de direito processual civil*, trad. Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Forense, 1985, p. 89). “*No plano do direito processual, o conceito de terceiro terá de ser encontrado por negação. Suposta uma relação jurídica processual pendente entre A, como autor, e B, como réu, apresentam-se como terceiros C, D, E etc., ou seja, todos os que não forem partes no processo*

Como a garantia do contraditório pode ser condensada na fórmula “*ciência necessária + reação possível*”, é obrigatório que o titular da relação jurídica controvertida seja comunicado da instauração do processo (“*ciência necessária*”) para que possa escolher um de três caminhos (“*reação possível*”): *i*) ignorar a comunicação e consentir com os resultados do processo sobre sua esfera jurídica, o que legitima a vinculação a um julgado negativo; *ii*) pedir a exclusão do processo, com o que não será beneficiado nem prejudicado pelo resultado do processo ou *iii*) intervir como assistente litisconsorcial para exercer sua própria defesa no processo instaurado pelo substituto processual.

Dessa forma, é possível dizer que, com uma fórmula discreta, o novo CPC adotou os mecanismos da “*fair notice*” (“*ciência necessária*”) e do “*right to opt out*” (“*reação possível*”) do regime da *class action*,⁵⁴ com o que se eliminam velhas dúvidas sobre a constitucionalidade da sujeição do substituído ao julgado negativo formado em processo para o qual não foi oficialmente comunicado.⁵⁵

Convém assinalar que a hipótese do parágrafo do artigo 18 diz respeito apenas e tão-somente à defesa de *direitos individuais heterogêneos*, assim definidos como aqueles em que as questões individuais a cada substituído prevalecem sobre as questões comuns a todos.⁵⁶ A regra do parágrafo do artigo 18 do novo CPC não se

pendente” (Cf. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Intervenção de terceiros*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 49). Assim, terceiro é aquele que não é parte no processo e parte é quem participa do contraditório instaurado perante o juiz, condição esta que o autor adquire por meio da demanda, o réu da citação e o terceiro da intervenção (Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 276).

54 Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “*Class action*” e mandado de *segurança coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 23-28.

55 Cf. EDUARDO TALAMINI, *A coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005, pp. 113-114.

56 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*Da class action for damages à ação de classe brasileira*”, in *Ação civil pública: 15 anos*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 32.

aplica à substituição processual para a defesa de *direitos individuais homogêneos*, que não é regida pelo CPC, mas pelo “*processo coletivo comum*”, cuja base é formada pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.⁵⁷

Em razão da novidade do parágrafo do artigo 18, doravante a petição inicial na demanda para a defesa de direitos individuais heterogêneos pelas entidades sindicais terá de ser acompanhada pela relação de substituídos, condição necessária para que possam ser *identificados* e *comunicados* do ajuizamento da demanda de forma a exercerem o direito ao contraditório da maneira que julgar mais adequada.

Outro efeito derivado do “*modelo constitucional de processo*” enfatizado pelo novo CPC é o “*Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica*”, que, além de plenamente compatível com o processo do trabalho, aplica-se também a outras situações em que terceiros podem ter seus patrimônios atingidos, como é o caso da *sucessão de empresas* e do *grupo de empresas* reconhecidos apenas na fase de execução.

Antes de agredir o patrimônio do sócio, do sucessor ou do integrante do grupo econômico é necessário citá-los de maneira a lhes permitir a defesa. Se as partes têm esse direito, com muito mais razão o terceiro que sequer tem conhecimento formal da existência do processo. Não se justifica a resistência à aplicação do incidente a pretexto de assegurar a “*surpresa*” do terceiro, o que aumentaria a probabilidade de afetar patrimônio à execução, simplesmente porque o objetivo do incidente, em linha com a regra do artigo 9º do novo CPC, é justamente evitar essa “*surpresa*” ao terceiro.⁵⁸

57 Cf. ELTON VENTURI, *Execução da tutela coletiva*, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 40-43.

58 “*A norma exige que as partes sejam ouvidas previamente. É possível interpretar a palavra mais amplamente para se referir aos terceiros, assim entendido também o Ministério Público quando atuante na qualidade de fiscal da ordem jurídica? A resposta só pode ser positiva porque, a insistência nunca*

8. Conclusão: o artigo 15 do novo CPC e a crise da autonomia do processo do trabalho

Assim como acontece em outros países, também entre nós a autonomia do processo do trabalho em relação ao processo civil está em crise, por um motivo sistemático e por um motivo axiológico.⁵⁹

Do ponto de vista sistemático, a regra do artigo 15 do novo CPC abrandou a fronteira com o processo civil, favorecendo uma aproximação pela qual o processo do trabalho beneficia-se da evolução do processo civil.

Do ponto de vista axiológico, os atributos que diferenciaram o processo do trabalho foram, gradativamente, incorporados pelo processo civil,⁶⁰ resultado da tendência de “*socialização*” do direito processual desencadeada pelo próprio processo do trabalho.⁶¹

Em razão dessa aproximação, é legítimo dizer que não se descortinam mais “*eixos valorativos*”, “*objetivos institucionais*” ou “*princípios informadores*” que diferenciem o processo do trabalho do processo civil, que, cada vez mais, é um “processo especial” vinculado ao processo civil.⁶²

será demasiada, o contraditório deriva diretamente do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, sendo mera expressão redacional sua a contida no dispositivo anotado” (Cf. CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Novo código de processo civil anotado*, cit., p. 48).

59 Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “*Processo do trabalho: autonomia ou especialidade em relação ao processo civil*”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, VI, Lisboa, Almedina, 2012, pp. 21-31.

60 *Idem*, p. 30.

61 Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*Processo trabalhista e processo comum*”, cit., pp. 124-125

62 Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “*Processo do trabalho: autonomia ou especialidade em relação ao processo civil*”, p. 31.

Cumpra-se a previsão de RAMIRO PODETTI, que, no contexto das transformações que sucederam à Segunda Guerra, calculou que o processo civil e o processo do trabalho “*marchavam para um futuro comum*”,⁶³ o que se confirmou pela conjugação de fatores como a crise do positivismo jurídico, os estudos constitucionais do processo e o movimento de acesso à justiça.

Por força do artigo 15 do novo CPC, reforça-se a convergência do processo do trabalho para um modelo de processo governado pelos princípios constitucionais do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, o que exprime o equilíbrio entre os *direitos de liberdade* e os *direitos sociais*, a marca axiológica do Estado democrático de direito.⁶⁴

63 “*Eu não creio na sua autonomia [do processo do trabalho], porque os princípios que o presidem poderão, também, aplicar-se ao processo comum, com levíssimas variações de intensidade e é de se esperar que assim suceda no futuro. Eu vejo nosso processo comum e nosso processo laboral, tão díspares no momento presente, marchando para um futuro comum, pela assimilação, por parte daquele das conquistas deste*” (Cf. *Tratado del proceso laboral*, apud AMAURI MASCARO NASCIMENTO, *Curso de direito processual do trabalho*, cit., p.107).

64 O Estado democrático conjuga o individualismo, no sentido filosófico, compreendido como a prioridade dos valores humanos, com o universalismo, pautado pela democracia. Na lição de FRANCISCO AMARAL, “*Chega-se a uma posição de síntese, com o homem no centro e como destinatário da ordem jurídica. Não mais como indivíduo, mas como pessoa integrada no meio social, interessada na realização do bem comum, com a ajuda do Estado. E como valores fundamentais do direito, a segurança e a liberdade, expressão do individual, e a justiça, o bem comum e a igualdade, expressão do social. Não mais uma oposição sistemática entre a doutrina individualista e a doutrina do direito social, mas uma influência recíproca e concorrente*” (Cf. FRANCISCO AMARAL, “*Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?*”, in *Revista de direito civil*, n. 71, 199, p. 75).

AUTOMAÇÃO, NOVAS TECNOLOGIAS E A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRIBUIÇÃO PARA A REGULAMENTAÇÃO DO INCISO XXVII DO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Carlos Henrique da Silva Zangrando ()*

I. Automação e novas tecnologias – conceito e características

Automação é o processo onde as máquinas, mecanismos, ferramentas e demais dispositivos passam a controlar-se a si mesmos, total ou parcialmente independentes de atitudes ou atividades constantes do homem.

Na verdade, a automação é antigo desejo humano. No passado fazia parte do reino do sobrenatural e da mágica. Hoje, é realidade presente no cotidiano de todas as pessoas. *Aristóteles* assim se manifestava, mais de dois mil anos atrás:

“...Pois se cada instrumento pudesse realizar seu trabalho obedecendo ou antecipando a vontade de outros, como as estátuas feitas por Dédalo ou os tripodes giratórios de Hefesto, os quais, diz o poeta, “sozinhos entravam na assembleia dos deuses”, se, da mesma maneira, a lançadeira do tear tecesse sozinha e a palheta tocasse a lira, os manufatureiros não precisariam de trabalhadores, nem os senhores precisariam de escravos.”¹

Observe-se que o *estagirita*, na altura de seu gênio incomparável, de um só lance levantou a principal consequência da automação: *a completa substituição da mão de obra humana, ou sua utilização parcial.*

(*) Advogado no RJ. Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

1 ARISTÓTELES, *A Política*, trad. Therezinha Monteiro Deustch, Ed. Nova Cultural, 1999, p. 148/149.

No entanto, mister se faz separar dois elementos distintos no que diz respeito a substituição do homem pela máquina.

Num momento, temos a *automação* propriamente dita, que consiste no controle da máquina pela máquina. É o que acontece, por exemplo, na introdução de robôs nas linhas de produção.

Noutro aspecto, quiçá muito mais amplo, temos a *adoção de novas tecnologias*, as quais trazem transformações radicais nos modos de produção, ou no seu controle, sem, no entanto, consubstanciarem-se, necessariamente, em automação. É o caso da introdução de sistemas computadorizados de controle, ou de novas máquinas, mais arrojadas, que necessitam treinamento ou conhecimentos especiais para sua utilização.

Por estes fatos, a análise não deve se ater apenas em torno da “automação”, a qual consiste, por assim dizer, num *universo menor*, mas abranger também outro problema, maior, que é a *introdução ou adoção de novas tecnologias em geral*, e seus efeitos nos empregos e na empregabilidade dos trabalhadores.

Até o século XVI não se pode falar realmente em *tecnologia*. As questões diárias eram resolvidas utilizando-se os mesmos métodos e equipamentos descobertos a milênios. Um novo “método” de solução dos problemas, ou até mesmo um simples “melhoramento” em um método antigo, se e quando descoberto por alguém, levava séculos para se difundir. No mundo Ocidental, pouco ou nenhum avanço “tecnológico” foi verificado, no permeio entre a queda do Império Romano e a Renascença. Apenas devido a efervescência cultural Renascentista que vimos se abrir o caminho para a descoberta de novos e melhores meios tecnológicos de solução dos nossos problemas quotidianos.

Mesmo assim, apenas com o advento da Primeira Revolução Industrial, em fins do século XVIII, utilizando-se novas fontes de energia (o vapor), é que se verificou uma maciça *transformação*

técnico-científica, substituindo-se a manufatura pela *mecanofatura*, através da utilização de *máquinas-ferramentas*.

As consequências, tanto positivas quanto negativas, são bem conhecidas pelos historiadores: a elevação dos níveis de produção a patamares inimagináveis levou a redução dos custos, o que trouxe uma utilização abusiva da mão-de-obra operária, o que gerou movimentos de revolta (*luddismo*), inquietação social, surgimento de novas doutrinas socioeconômicas (*comunismo*), o surgimento dos Sindicatos, a perseguição estatal, e a adoção das primeiras leis trabalhistas.

Esse complexo fenômeno, diga-se de passagem, nunca “cessou”. A história não está completa, e muito menos terminada. Pelo contrário, é um sistema em constante mutação. E após muitas reviravoltas, repletas de altos e baixos. A sociedade de consumo incitou a substituição do novo pelo mais novo, trazendo o desejo, ainda que inconsciente, de constantes mudanças.

A partir da década de 1960, impulsionado pelos avanços da microeletrônica e da informática, criou-se *uma nova revolução técnico-científica*, trazendo em seu bojo uma *ampla automação dos métodos de produção*. Novas tecnologias surgiram em todos os campos da atividade humana.

Dizia-se, contudo, que essas “novas tecnologias” criariam novos campos de trabalho, o que impediria os efeitos prejudiciais ao emprego e ao trabalho. Essa era a “promessa tecnocrata”.

A crescente necessidade de ampliar a competitividade no mercado internacional fez com que as empresas investissem pesadamente na modernização tecnológica. Essa estratégia trouxe consequências para o mundo do trabalho: os postos de trabalho foram se reduzindo. Várias profissões e funções clássicas simplesmente desapareceram. Serviços que antes eram realizados por legiões de operários passaram a ser realizadas por grupos de “robôs”.

Na década de 1990, com a introdução da *World Wide Web*, muitas empresas veem na *venda direta ao consumidor*, via *Internet*, um meio hábil de cortar custos e baixar o preço final dos produtos. Surgem “empresas virtuais”, onde toda a transação é automatizada, havendo um mínimo de ingerência humana direta.

Toda essa situação gerou uma série de problemas que ainda não receberam o adequado tratamento pela doutrina e pela lei.

Os reflexos no campo socioeconômico já se fazem sentir, especialmente no *emprego*: é difícil distinguir o *desemprego tecnológico* do *desemprego estrutural*, este último como característica marcante das chamadas *economias dependentes*.²

A Organização Internacional do Trabalho, no Relatório sobre as Tendências Mundiais sobre o Emprego, de 2014,³ informa em relação a América Latina, os seguintes parâmetros:

“Economic activity continued to slow down in 2013. Economic growth fell to 2.7 per cent in 2013, mainly driven by uncertainty about external conditions affecting investment decisions, which constrained aggregate supply in economies such as Argentina, Brazil and Paraguay. Uncertainty did not arise from the same sources in all countries in the region: South American countries were more sensitive to shocks in the euro zone and China, whereas Central American countries are mainly linked to the US economy. In the Caribbean, economic growth decelerated as well, with the Dominican Republic, Haiti and Jamaica experiencing growth rates of below 3 per cent. Conversely, the Plurinational State of Bolivia, Chile,

2 SCHMITZ, Huber – *Automação, Competitividade e Trabalho: A Experiência Internacional*, Ed. Hucitec, 1988, *apud*: SILVA, Elias Norberto da – *A Automação e os Trabalhadores*, Ed. LTr, 1996, p. 29.

3 ILO – *Global Employment Trends 2014. Risk of a jobless recovery?*. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_243961.pdf.

Colombia, Peru and the Bolivarian Republic of Venezuela showed above-average growth rates, mostly explained by their commodity export markets.

...omissis...

As economic activity decelerated, employment growth slowed from 2.4 per cent in 2010 to less than 2 per cent in 2013. Nevertheless, unemployment continued to recede as labour force growth also decelerated. In 2013, 6.5 per cent of the active population of the region as a whole was estimated to be looking for a job. Despite the expected recovery in output growth, employment will expand more moderately in 2014 and beyond, allowing for a further gradual decline in the unemployment until the end of the projection period in 2018.”

Segundo as estimativas do IBGE, entre 2010 e 2020, cerca de sete em cada dez habitantes estarão em idade de trabalhar, configurando o maior pico de população em idade ativa de toda a história do Brasil! Essa explosão de mão-de-obra resultará num mercado de trabalho extremamente competitivo, com uma maior exigência de qualificação profissional.⁴

Pois bem. Aquela “promessa tecnocrata” que se alardeava nas décadas de 1960 e 1970 - que a inserção de novas tecnologias geraria novos empregos, repondo os que eventualmente extinguisse-revelou-se, na década de 1980 e seguintes, uma falácia.

O fato inquestionável é que a automação e as novas tecnologias provocam efetivamente um grande incremento na produtividade e na riqueza nacional, tendo como contraponto a redução drástica da demanda de trabalho humano.

Realmente, notemos o seguinte: a inserção de um robô em uma linha de montagem elimina o emprego de quatorze pintores.

4 O Globo, edição de 18.07.1999, Caderno Economia, p. 37 e segs.

Em “compensação”, cria apenas, se e quando, um emprego para sua manutenção. E mais: para exercer esse emprego, o empregado tem de ser tecnicamente especializado, o que afasta a maior parte da mão-de-obra disponível. E agora ?

Evidentemente, ninguém pode deter o avanço tecnológico. Se optarmos por uma posição retrógrada, correremos o risco de exclusão do mercado mundial. Esse fenômeno foi bem entendido pelo saudoso *Eduardo G. Saad*:

“É um fenômeno irreversível e, por isso, não adianta fechar os olhos para negar-lhe a relevância ou criar obstáculos ao seu normal desenvolvimento.

As nações que quiserem mergulhar na miséria, o caminho mais curto será o da não-sofisticação da produção pela microeletrônica. Perderão a competitividade no mercado internacional e sua economia, conseqüentemente, se estagnarão.”⁵

A questão se resume numa indagação: *como minimizar os efeitos negativos da introdução de novas tecnologias e da automação sobre a organização do trabalho, especialmente o emprego ?*

A resposta deve ser encontrada numa análise dos modernos fenômenos sociais, no papel do Estado na administração destes fenômenos e nas experiências nacionais e internacionais.

II. O Estado, as inovações tecnológicas e as instituições laborais

Num primoroso estudo realizado pelo *International Institute for Labour Studies*, três perguntas são lançadas a reflexão:⁶

5 SAAD, Eduardo Gabriel – *Constituição e Direito do Trabalho*, Ed. LTr, 1989, p. 153.

6 OIT, *International Institute for Labour Studies - Labour Institutions and Technological Change: A framework for analysis and a review of the literature*, 1998.

1. Em geral, qual o papel do Estado no processo de desenvolvimento de novas tecnologias nesta fase de rápidas mudanças?

2. Quais são os diferentes sistemas de inovações e adoção de tecnologias?

3. Como as instituições trabalhistas se enquadram nesses sistemas?

As respostas são complexas, e devem se ater não apenas a questão trabalhista, mas também adentrar os campos da economia e da sociologia.

De início, embora exista consenso na necessidade de redução da presença do Estado no desenvolvimento econômico, verifica-se que todos os países que estimularam o surgimento de indústrias de alta-tecnologia, bem como a necessária infraestrutura educacional (pesquisa e desenvolvimento), *ofizeram mediante pesados investimentos, ou através de subsídios públicos*. Por exemplo, no Japão, até a metade da década de 1980, o desenvolvimento econômico estava organizado em torno da cooperação entre o Estado e as empresas em adquirir e desenvolver as tecnologias já existentes e as melhorando com vistas a exportação. O Estado também fornecia a infraestrutura necessária, especialmente no que diz respeito aos transportes e comunicações.

Em recente estudo na China, foram identificadas seis *rotas* utilizadas pelos Estados para adquirir ou transferir novas tecnologias:

1. importá-las diretamente, desde que possuam capacidade para utilizá-las corretamente;

2. efetuar acordos para obtenção de licenças para uso e produção das tecnologias;

3. enviar estudantes, pessoal técnico e cientistas para outros países, a fim de aprender as novas tecnologias;

4. importar experts estrangeiros para ensinar o pessoal local como desenvolver as novas tecnologias domesticamente;

5. treinar o pessoal doméstico em companhias estrangeiras localizadas dentro do país, com o compromisso de que esses técnicos utilizarão o conhecimento adquirido para desenvolver as tecnologias já existentes no próprio país;

6. atrair empresas e companhias internacionais que lidem com alta tecnologia, para produzir dentro do país.

A pesquisa termina ao lembrar que, a despeito das rotas utilizadas pelos Estados para obter as novas tecnologias, as mesmas serão efetivas apenas se existir no país um processo de desenvolvimento endógeno que possa receber, suportar e utilizar, adequadamente, o *know-how* que foi transferido. Significa dizer que os países deverão possuir sistemas de comunicação bem desenvolvidos, um mercado que possa suprir as necessidades que surgirão, uma força de trabalho tecnicamente capacitada, um sistema de pesquisa e desenvolvimento que possa se adaptar as novas tecnologias as necessidades da economia interna e uma estrutura integrada de pesquisa e treinamento através das instituições existentes.

O sistema de pesquisa e desenvolvimento, e a estrutura integrada entre as diferentes instituições consubstancia o que foi chamado de “*sistema de inovação*” (*innovation system*).

Os *sistemas de inovação* podem ser definidos como o complexo de instituições numa economia nacional que produzem e adaptam novas tecnologias, e as relações entre elas. São estes sistemas que desenvolvem e difundem as novas tecnologias na economia e na sociedade.

Os processos de inovação e adaptação requerem a educação e o treinamento necessários para inovar e desenvolver. As instituições onde os processos de inovação e adaptação são mais facilmente observáveis são as universidades; a indústria e os centros de pesquisa científica.

As universidades, em grande parte dos países, são as maiores instituições de treinamento e, as vezes, o maior centro de pesquisa e desenvolvimento. No entanto, se nos países desenvolvidos existe uma conexão direta entre as inovações que são utilizadas pela indústria e as pesquisas levadas a efeito nas universidades, o mesmo não pode ser dito dos países em desenvolvimento, onde a indústria não se preocupa muito com as pesquisas feitas nas universidades.

A maturidade e a efetividade dos sistemas de inovação de cada país pode ser medida se tomarmos como critério o grau de conexão entre as atividades e treinamento, pesquisa e desenvolvimento feitos nos centros de inovação (universidades, por exemplo) e a sua utilização prática pelas indústrias. Quanto maior a pesquisa e desenvolvimento nessas instituições, e quanto maior a interação entre elas e a indústria, maior é o retorno, na forma de novas tecnologias, bem como outras inovações em geral.

Ao contrário, quanto mais separadas as atividades dos centros de inovação e aquelas das indústrias, menos integrada e menos efetiva será o sistema em desenvolver ou levar a efeito a transferência de tecnologias. Um sistema separado pode ser considerado como um “anti-desenvolvimento”, que não será capaz de sustentar as necessidades modernas.

De um modo geral, as organizações trabalhistas desejam que as novas tecnologias sejam desenvolvidas domesticamente, pois isso cria novos empregos. Porém, resistem na aplicação dessas mesmas tecnologias nos empregos e serviços já existentes, pois que gera o desemprego.

As organizações estão igualmente preocupadas com os processos de inovação, como a *fabricação integrada por computador (computer integrated manufacturing – CIM)*, e a adoção de novas tecnologias nas indústrias já existentes, do que na natureza das inovações em si mesmas.

Atualmente, o papel das organizações trabalhistas na negociação de uma política trabalhista a nível nacional se foca especialmente em proteger os trabalhadores do preço a pagar pelas mudanças havidas pela adoção de novas tecnologias, além de tentar obter destas os benefícios econômicos que possam advir. Opta-se pela flexibilização dos direitos trabalhistas, a através da negociação coletiva, de modo que os trabalhadores sintam que ainda possam contar com alguma segurança no emprego e nos salários.

III. A globalização, a mudança tecnológica e a demanda pelo trabalho especializado

A globalização da economia e a rápida evolução tecnológica provaram ser uma faca de dois gumes: de um lado, trouxeram grandes oportunidades para o crescimento econômico; de outro lado, apresentaram novos desafios a todos os países.

A combinação da integração econômica com o avanço tecnológico trouxe instabilidade e dificuldades em manter a *empregabilidade* de largos segmentos da mão de obra nacional.⁷

A demanda por trabalhadores especializados cresceu tanto em países industrializados, quanto naqueles não-industrializados. Nos primeiros, entre 1981 e 1996, cresceu a oferta de empregos nas áreas técnicas e especializadas. Nos países em desenvolvimento se verificou o mesmo desenvolvimento, apenas em menor escala.

Em contraste, os empregos relacionados a produção, que incluem serviços manuais, bem como aqueles que absorvem trabalhadores não-especializados, cresceram numa proporção bem inferior e, em certos países, atingiu até mesmo índices negativos ! O trabalho parcial e de baixos salários cresceu nos ramos que ainda não necessitam de alta especialização, bem como no setor de serviços

7 OIT, *World Employment Report*, 1998 - 99.

A difusão de novas tecnologias tanto criou quanto destruiu empregos, trazendo igualmente uma mudança na organização do trabalho. Os trabalhadores agora precisam de *altos níveis de especialização*, ou então devem ser *multi-especializados*, implicando na necessidade de maior treinamento, tanto na empresa, quanto fora dela.

A *especialização*, portanto, tornou-se fator definitivo na empregabilidade do trabalhador, e, numa perspectiva macroscópica, na determinação da capacidade competitiva das nações.

Consequentemente, as políticas de *treinamento e desenvolvimento* de pessoal assumiram grande importância, tanto para satisfazer a demanda por trabalhadores especializados, quanto para permitir o reemprego daqueles que tiveram seus postos de trabalho extintos.

Em estudo realizado pelo DIEESE, a formação profissional vem tomando novos vultos, com a discussão de seus objetivos e aplicações.⁸

Segundo aquela entidade, a formação profissional deve objetivar a universalização, bem como priorizar o atendimento das categorias sociais mais necessitadas, tais como os jovens, os desempregados, os trabalhadores com baixa qualificação, os trabalhadores atingidos por mudanças tecnológicas ou organizacionais, os inativos, os excluídos, os autônomos e outros.

As inovações tecnológicas, as novas formas de gestão e organização da produção e do trabalho, tem hoje orientado a formação profissional. *Espera-se a garantia da competência, da habilidade e da qualificação.*

A negociação sindical sobre a formação profissional tomou alento na década de 1990, estando presente na pauta de reivindicações de um grande número de sindicatos.

Com efeito, a formação profissional (aqui incluindo a recapacitação ou retreinamento profissional) é único meio viável para fazer frente ao fenômeno tecnológico.

8 Pesquisa DIEESE n.º 14, 1999.

Se é verdade que os avanços tecnológicos criam novos postos de trabalho, é ainda mais verdadeiro que esses postos só poderão se preenchidos por profissionais especializados e treinados.

Existe assim toda uma preocupação quanto a revitalização da formação profissional, como verdadeiro elemento definidor da empregabilidade do trabalhador.

Apesar de um grande número de empresas se preocupar com a elevação do nível educacional ou técnico de seus empregados, a negociação coletiva dessa questão ainda não pode ser encontrada em todos os instrumentos normativos, devendo ser incentivada.

IV. A OIT e a experiência internacional

Ainda não existe na Organização Internacional do Trabalho uma convenção específica sobre a questão da automação e da manutenção dos empregos. No entanto, encontramos regra programática na Convenção n.º 168, sobre *Promoção do Emprego e Proteção contra o Desemprego*, que entrou em vigor em 17.10.1991, ainda não ratificada pelo Brasil:

“Artigo 10

1....

2. Cada Membro deverá comprometer-se a estender a proteção desta Convenção, sob as condições prescritas, às seguintes contingências:

(a)

(b) suspensão ou redução de salários devido a uma suspensão temporária do trabalho, sem qualquer cisão da relação de emprego por razões de, em particular, natureza econômica, tecnológica, estrutural ou similar.”

Verifica-se que a OIT orientou-se no sentido de, *para salvaguardar os empregos, permitir até mesmo a suspensão ou redução das garantias dos trabalhadores!*

Por outro lado, na Convenção n.º 158, ratificada pelo Brasil, e posteriormente denunciada, encontramos:

“Art. 13 – 1. Quando o empregador prever término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos:

a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados estes termos;

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

Art. 14. 1 – Em conformidade com a legislação e a prática nacionais, o empregador que prever termos por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, deverá

notificá-los o mais breve possível à autoridade competente, comunicando-lhe a informação pertinente, incluindo uma exposição, por escrito, dos motivos dos termos previstos, o número e as categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados e o período durante o qual serão efetuados esses termos.”

A experiência internacional comprova o sucesso da adoção de medidas referentes a questão tecnológica, através de *acordos coletivos de trabalho*, havendo poucas orientações legais específicas.

Na *Noruega*, já em 1975 concluiu-se um acordo nacional entre sindicatos e patronato, sobre a introdução de sistemas informatizados. que foi estendido, em 1981, para a adoção de novas tecnologias. Os sindicatos também são ouvidos na escolha dos investimentos e, nas empresas, os trabalhadores elegem delegados especiais para acompanhar o assunto. Em 1977, uma nova lei sobre o ambiente de trabalho previu a obrigação de informação sobre a concepção e aplicação de sistemas informatizados.⁹

Na *Alemanha*, as convenções coletivas de trabalho incluem principalmente cláusulas de proteção dos trabalhadores em caso de licenciamento, recolocação ou despedimento. É ao nível da empresa que se dão as negociações de acordos sobre a introdução de novas tecnologias, e suas consequências sobre as condições e qualidade do trabalho. Além disso, os comitês de empresa dispõem do direito de informação sobre as mudanças tecnológicas, bem como um direito de co-determinação de suas consequências em matéria de saúde, segurança e qualificação profissional.¹⁰

9 FREYSSINET, Jacques – *Changements Technologiques et Relations Professionnelles, Experiences Syndicales en Europe Occidentale, Seminário Internacional Emprego e Desenvolvimento Tecnológico*, DIEESE, São Paulo, novembro de 1997.

10 FREYSSINET, *op. cit.*

Na *Itália*, a intervenção sindical centraliza-se no problema da organização do trabalho. No entanto, em 23 de julho de 1993, forçados pela situação econômica que estava deteriorando-se progressivamente, foi firmado um acordo geral entre o Governo, a Confederação da Indústria e os Sindicatos, que modificou radicalmente as relações sindicais, instituindo o sistema da *concertazione* (*concertazione*). O acordo previa quatro capítulos fundamentais: a) política de renda e emprego; b) política de mercado de trabalho e sistema produtivo; c) representação sindical e d) acordos contratuais. A política de mercado de trabalho e sistema produtivo contemplava, entre outras coisas, a extensão do contrato de aprendizagem e a criação de um contrato de formação laboral. O problema das novas tecnologias é resolvido através das reivindicação de um direito de controle pelos trabalhadores, reconhecido em negociação coletiva.¹¹

Na *França*, a Lei n.º 82-610, de 15 de julho de 1982, reconheceu aos comitês de empresa o direito de serem informados e consultados em caso de introdução de novas tecnologias e, em caso de discordarem, recorrerem a opinião de peritos.¹²

Observamos a tendência internacional em tratar da relação entre a questão tecnológica e a organização do trabalho por meio de acordos e convenções coletivas. As leis, quando muito, limitam-se a garantir o direito de informação antecipada aos sindicatos ou comitês de empresa, a fim de que lhes permitir manifestar-se e, até mesmo influenciar na adoção das novas tecnologias.

11 TOSINI, Sérgio – *Le Relazioni Sindicali e la Contrattazione in Italia negli Anni '90, Seminário Internacional Emprego e Desenvolvimento Tecnológico*, DIEESE/CESIT/CNPq, São Paulo, agosto de 1998.

12 FREYSINET, *op. cit.*

V. A Constituição de 1988 e a orientação da doutrina brasileira

Nossa Constituição traz regra programática, sobre a proteção do trabalhador frente a automação (CF, art. 7º, XXVII).

Noutro momento, em aparente contradição, previa incentivos as empresas dispostas a promover o progresso tecnológico do país (CF, art. 171, revogado pela Emenda Constitucional n.º 06/95).

É notório que nada de concreto existe até o momento para tornar eficaz o preceito constitucional.

Entretanto, já ao final da década de 1970, a Comissão de Atualização da CLT, presidida pelo saudoso Mestre *Arnaldo Süssekind*, adotou proposta do igualmente saudoso *Délio Maranhão* no sentido de incluir artigo na CLT determinando que, no caso de modernização do equipamento tecnológico das empresas, poderiam ser alteradas as condições de trabalho dos empregados, sem prejuízo para estes, e mediante acordo com a respectiva entidade sindical, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho.¹³

Na década de 1980, a Lei n.º 7.232/84 (Política Nacional de Informática), trouxe a seguinte disposição:

“Art. 2º A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

X - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos;

13 SUSSEKIND, Arnaldo – *Direito Constitucional do Trabalho*, Ed. Renovar, 1999, p. 281.

E quais seriam tais “mecanismos” e “instrumentos” capazes de assegurar o equilíbrio entre o avanço tecnológico e os níveis de emprego? Na opinião abalizada do já lembrado Mestre *Arnaldo Süssekind*:

“Esses mecanismos e instrumentos são, no direito comparado, a negociação coletiva e os pactos que formalizam as condições ajustadas pelos parceiros sociais.”¹⁴

Já nos primeiros anos de vigência da nova Constituição os tratadistas propunham que a proteção frente a automação deveria ser objeto de lei que previsse a sua adaptação para os diversos setores produtivos. Nesse sentido opinou *Carlos Chiarelli*, logo após a promulgação da Carta Magna:

“Será uma lei futura, a ser feita com presteza, mas sem afobação, que haverá de fazê-la mais objetiva, passível de conter normas operativas, aplicáveis. Não será fácil redigi-la, pelo que ela tem – a automação, a renovação tecnológica – de permanentemente criativo em si e mutável no ambiente em que atua e se aplica. Mais exigente será, ainda, fazê-la de valia nacional, face a um país com tantas diversidades, sobretudo tão distintos estágios no seu tempo e História de desenvolvimento econômico, social e técnico. Nada mais recomendável, para que a lei não fique no discurso do genérico e no bem intencionado do propósito, nem também se detenha no varejo da aplicação do casuismo inexpressivo, que ela se predisponha a repassar seus princípios, suas grandes diretrizes de política socioeconômica para aplicação, *através da negociação coletiva, plástica, local, adaptável e consequentemente passível de permanente atualização.*”¹⁵

14 *idem, ibidem.*

15 CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes – *Trabalho na Constituição*, vol. I, Ed. LTr, 1989, p. 221.

Faz-se mister, a nosso ver, *ampliar-se os casos de flexibilização das condições de trabalho por meio de convenções ou acordos coletivos*, visando principalmente à preservação do emprego, ainda que com a readaptação do empregado para desempenhar novas funções na empresa.¹⁶

Como vimos no item anterior, a solução adotada por diversos países foi legar a *auto-regulamentação* a solução do problema da introdução de novas tecnologias sobre a organização do trabalho. Garantiu-se, por lei, apenas o direito de informação e contestação, aos sindicatos ou comitês de empresa.

Em nosso país, no entanto, teima-se em impor leis gerais sobre temas que merecem tão somente a auto-regulamentação das partes envolvidas. Assim é em relação a proteção frente a automação.

Arigidez de um diploma geral sobre o tema o tornaria, em pouquíssimo tempo, caduco e inaplicável. Isso porquê a cada ano surgem novidades impressionantes, e a estabilidade que se deseja de toda e qualquer lei geral não sobrevive a extrema mutabilidade de seu objeto.

Ao invés de criar “leis gerais” impondo estas ou aquelas consequências jurídicas para a automação ou adoção de novas tecnologias pelas empresas, *melhor seria fomentar a negociação coletiva, de modo a estabelecer as condições e práticas adequadas a cada setor produtivo*.

A negociação coletiva sobre a automação deve observar os seguintes princípios básicos:

a) o estabelecimento de um direito de informação prévia aos sindicatos ou comitês de empresa, a respeito da adoção de novas tecnologias, bem como seu impacto na organização do trabalho;

16 SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 284.

b) treinamento ou reeducação da mão-de-obra, com vistas ao reaproveitamento ou realocação;

c) sistemas facultativos de pré-aposentadoria e redução da jornada de trabalho;

d) observação dos aspectos relativos a segurança e medicina do trabalho.

Agindo deste modo, evitar-se-ia a promulgação de lei geral sobre o assunto que possa ser, em pouco tempo, atropelada pela realidade.

VI. A experiência nacional

O influxo das novas tecnologias e seu impacto nas relações de trabalho não passou despercebido na pauta de reivindicações dos sindicatos nacionais.

Não podem os trabalhadores, nem os sindicatos conscientes, esperar pela movimentação de nosso letárgico Poder Legislativo. Este se interessa muito mais em polemizar, criando CPI's inúteis, ou intrometendo-se nos assuntos internos de outros Poderes, em ato de inegável rompante ditatorial, mas que garantem as manchetes.

Esse mesmo Poder Legislativo, que já foi objeto dos maiores escândalos de corrupção que este país já observou nas últimas décadas, e pouco ou nenhuma moral possui para apontar erros de procedimento em qualquer outro Poder Constituído, dominado por “coronéis” da pior estirpe, passadas décadas e décadas desde a promulgação da Constituição, ainda não regulamentou diversos direitos nela previstos, impedindo que os trabalhadores nacionais deles usufruam, embora estejam rotulados de “fundamentais”.

Ao invés de esperar eternamente pela regulamentação heterônoma, devem os atores sociais envolvidos na questão tentar solucionar os problemas, atendendo as suas respectivas particularidades.

Assim já vemos alguns acordos e convenções coletivas de trabalho que preveem a questão da automação ou inserção de novas tecnologias, e a solução para os problemas que daí possam advir.

Nosso primeiro exemplo é o Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre a *Federação Nacional dos Petroleiros* e a *Petrobrás*, para o período 2009/2011. Do seu texto retiramos as seguintes cláusulas:

“CAPÍTULO VIII - DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Cláusula 127ª – Implantação de Novas Tecnologias

A implantação de novas tecnologias de trabalho terá como objetivo o aumento da eficiência, da qualidade dos trabalhos, da competitividade, da segurança e saúde dos empregados.

Parágrafo único - A implantação de novas tecnologias que traga alterações substanciais será precedida de uma apresentação aos Sindicatos e as CIPAs, cujas bases orem abrangidas, dos objetivos, avanços e ganhos sociais que tais melhorias acarretarão.

Cláusula 128ª – Realocação de Pessoal

A Companhia assegura que, no seu esforço de modernização e dentro de sua política de busca de inovações tecnológicas, promoverá, quando necessário, a realocação dos empregados envolvidos, proporcionando, ainda, treinamento nas novas funções, respeitadas as condições específicas, tabelas salariais e regimes de trabalho dessas novas funções.

Cláusula 129ª – Programas de Treinamento – Novas Tecnologias

A Companhia assegura, a todos os empregados, que na implantação de novas tecnologias, quando necessário, serão mantidos programas de treinamento voltados para os novos métodos e para o exercício das novas funções.

Disposição semelhante encontramos no Acordo Coletivo firmado entre o *Sindicato dos Bancários do Rio de Janeiro e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social*, para o período 2014/2015:

“Cláusula 15 - Alteração de Rotina de Trabalho e/ou Automação

Na hipótese de introdução de técnicas de automação, outras inovações tecnológicas ou reorganização administrativa tornarem prescindível o serviço de mão de obra antes empregada em determinada atividade, ou tornarem o empregado ali lotado inabilitado para operar com a nova tecnologia, as Empresas continuarão adotando a política de realocar o empregado afetado em outra atividade produtiva, para preenchimento de posto de trabalho carente de mão de obra, compatível com o seu cargo, fornecendo-lhe o treinamento adequado..”

E no Acordo Coletivo firmado entre o *Federação Nacional dos Urbanitários* e a Eletrobrás para o período 2013/2015, temos a seguinte previsão:

Cláusula Sexta – Inovações Tecnológicas

As Empresas signatárias deste Acordo garantirão a participação das entidades sindicais signatárias durante os estudos e implantação dos processos de inovações tecnológicas que determinem racionalização dos trabalhos, bem como modificações das atividades desenvolvidas pelos funcionários, garantirão a participação das entidades sindicais signatárias do presente Acordo. As atividades desenvolvidas poderão ser auxiliadas por uma comissão de representantes dos trabalhadores atingidos ou que venham

a ser atingidos, objetivando a garantia do emprego, a saúde e a segurança dos trabalhadores, bem como a qualidade dos serviços prestados e a adoção de outras providências que se fizerem necessárias para a eliminação de efeito.

Parágrafo Único: O processo de requalificação, treinamento e adequação em função de reestruturação decorrente de implantação de processos de inovações tecnológicas, deverá prioritariamente atender ao trabalhador no que diz respeito à sua formação e competências previstas no PCR.

Verificamos nos acordos anteriormente identificados, a presença de alguns pontos em comum, como:

- a) direito de informação prévia ao sindicato e/ou trabalhadores;
- b) compromisso por parte das empresas em não dispensar os empregados;
- c) previsão de programas de treinamento e realocação dos trabalhadores.

A experiência nacional da auto-regulamentação prova aquilo que a doutrina e a experiência internacionais já previam: *o melhor método para proteger o trabalhador da nova Revolução Tecnológica é a negociação coletiva.*

VII. Princípios gerais para uma lei sobre a proteção do trabalhador frente a automação

No item anterior afirmamos que a negociação coletiva é o melhor meio de proteger os trabalhadores do furacão tecnológico que se espalha pelo mundo.

No entanto, nossa Constituição é clara em determinar que a proteção dos trabalhadores frente a automação se fará mediante uma lei específica. E como fazer essa lei ? Que deveria conter ?

Por tudo aquilo que foi até aqui exposto, podemos indicar os seguintes princípios gerais a serem observados pela lei que vier a regulamentar o inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal:

1. *generalidade* – a lei não poderá se ater a detalhes, como mecanismos ou técnicas de automação, bem como procedimentos ou avanços tecnológicos específicos, sob pena de perder rapidamente o seu vigor e aplicabilidade. Peço contrário, deve ser geral, abstrata e ampla o suficiente para alcançar qualquer situação, permitindo a inserção daquelas que são hoje impossíveis de prever;

2. *incentivo a negociação coletiva* – os acordos e convenções coletivas de trabalho devem ser incentivados como o melhor meio de conceder efetividade ao comando constitucional, pois as múltiplas categorias e atividades econômicas possuem diferentes necessidades, além de outras características peculiares;

3. *informação prévia preferencial* – desde que não prejudique a própria empresa, e seus objetivos comerciais, deve se conceder informação prévia aos sindicatos representativo da categoria profissional da empresa. Todavia, há de se tomar muito cuidado. Por se tratar de questão que pode afetar a própria sobrevivência da empresa, pela melhor concorrência de seus produtos ou serviços no mercado, o Sindicato e seus dirigentes ficarão civil e criminalmente responsáveis pela eventual divulgação não-autorizada sobre as novas tecnologias ou processos de automação que estejam sendo cogitados pela empresa;

4. *minimização dos efeitos negativos das novas tecnologias* – as partes convenientes deverão ser incentivadas a minimizar, através dos meios que dispuserem (p. ex.: reaproveitamento, treinamento ou recolocação), os efeitos negativos das novas tecnologias que forem adotadas);

5. *segurança e medicina do trabalho* – as novas tecnologias adotadas devem respeitar todas as normas de segurança e medicina do trabalho que lhes sejam aplicáveis;

6. *incentivo ao treinamento* – as empresas devem ser incentivadas a promover o treinamento de seus empregados, de acordo com as necessidades que forem impostas pelas novas tecnologias. Deveria, inclusive, contar com a participação do Estado, sob a forma de algum incentivo.

Acreditamos serem estes os contornos gerais que deveriam orientar uma lei que pretendesse regulamentar, com eficácia e razoabilidade, o preceito constitucional em comento.

Agir de outra forma seria desincentivar a adoção de novas tecnologias pelas empresas, o que legaria a Nação ao atraso irreversível.

Resta saber, contudo, se haverá interesse político para a adoção de medida tão simples e necessária. A história recente demonstra que os direitos sociais previstos na Constituição da República tem sido “apressados” à regulamentação, apenas quando ocorre algum fato notório, ou quando o Poder Judiciário ameaça “legislar” em substituição do legislador omissor. Essa situação, vivenciada recentemente na regulamentação do “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”, não condiz com um Estado Democrático, e não pode ser admitida, por melhor intencionados que sejam os magistrados, uma vez que a representação legislativa só se obtém pelo voto popular, democrático, geral e secreto, ou pelo menos, assim se supõe.

Se nosso País pretende ser realmente uma Democracia, melhor que cada Poder de Estado saiba e assuma desde já sua plena responsabilidade. Se assim não for, então é hora de repensar a própria estrutura do Estado; sua real utilidade e, senão, sua necessidade.

*Janeiro de 2015.
Carlos Zangrando*

ADICIONAL DE DESCONEXÃO: O TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR À LUZ DAS NOVAS FRONTEIRAS DA EMPRESA

Luiz Marcelo Góis ()*

Introdução

Há algum tempo penso em escrever este artigo. A ideia surgiu depois de discussões travadas cinco anos atrás em um grupo de estudos sobre Direito do Trabalho no Rio de Janeiro.

A observação das novas formas de trabalho desenvolvidas na sociedade tecnológica nos fez questionar alguns postulados até então intocáveis relativos ao Direito do Trabalho. O novo regime de sobreaviso – que inspirou a alteração da Súmula no 428 do TST em setembro de 2012 – e o teletrabalho – que ensejou a alteração do art. 6º da CLT – são exemplos de releitura do postulado de subordinação que caracteriza o emprego.

Mas a evolução do Direito do Trabalho até o momento ainda caminha timidamente quando comparada à rapidez com que as relações de trabalho se amoldam ao contexto ultracompetitivo e ultratecnológico que marca a modernidade. Evidência dessa lentidão, a meu ver, está na forma de remuneração dos empregados, ainda atrelada ao tempo à disposição do empregador: para a CLT enquanto está “aguardando ou executando ordens” (art. 4º), o empregado está trabalhando e esse tempo de labor deve ser remunerado.

(*) Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Especialista em Direito Civil-Constitucional pela UERJ. Professor de Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas. Associado a Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados. Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

Remunera-se, assim, o empregado com base no tempo de trabalho. A 8 horas diárias e 44 semanais correspondem o salário base. Estando mais tempo à disposição do empregador, mais dinheiro se paga ao empregado (na forma de horas extras). Ou seja, o tempo é a régua que define se o trabalhador receberá mais ou menos em determinado mês.

Mas será que esse critério ainda se mantém nos dias atuais? Ainda é possível sustentar, de forma consistente, que a remuneração do empregado deve ser medida a partir da quantidade de tempo que ele empenha em seu labor?

Neste pequeno ensaio, será proposta uma resposta à questão à luz da influência que a sociedade tecnológica exerce sobre as tradicionais relações de trabalho.

1. A ruptura do modelo “típico” de trabalho

Como se sabe, o paradigma utilizado pelo Direito do Trabalho tradicional para a construção de suas normas e princípios foi o modelo de produção existente na virada do século XX. A relação de trabalho, foco da tutela do ordenamento, era aquela travada dentro da indústria - principalmente da grande indústria - onde a linha de montagem havia sido implementada, elevando-se tal paradigma de trabalho a um status de modelo “típico” para o Direito do Trabalho.

Tal modelo sustentava-se, basicamente, em três pilares.

Em primeiro lugar, as figuras do empregado e da própria relação de emprego obedeciam a um *standard*. Os trabalhadores possuíam características socioeconômicas relativamente uniformes. Eles geralmente eram do sexo masculino, trabalhavam em um único emprego, que, como regra era duradouro, executado por prazo indeterminado e relativamente estável. Eram responsáveis

pelo sustento da família e se ativavam em tarefas específicas que se diluíam na linha de montagem ao lado de outras tantas. No geral, ativavam-se em tarefas braçais. Eram trabalhadores, em regra, sem muita qualificação, com forte dependência econômica do empregador, razão pela qual se encontravam sem poder de barganha individual frente a este, dando ensejo a um forte estado de subordinação. Daí o modelo típico ser construído em torno do que Maria do Rosário Palma Ramalho chama de “mito da incapacidade genética e permanente dos trabalhadores subordinados”¹.

Ao lado do modelo típico de trabalhador, erige o modelo típico de empregador como segundo pilar de sustentação desse Direito do Trabalho tradicional. O empregador típico é a empresa baseada, em regra, na linha de montagem e nas técnicas fordista e taylorista de produção, com forte hierarquização e divisão de tarefas. São empresas situadas no setor secundário da economia, de grande porte, centralizadoras da atividade econômica e com grande número de empregados. O empregador típico é autossuficiente, concentrando sua atuação não apenas no *core business*, mas também em atividades que, embora periféricas, fossem também úteis para seu empreendimento.

E todo este modelo de empregado e de empresa típicos torna-se possível e justificado em virtude justamente do terceiro pilar sobre o qual se desenvolveu e consolidou o Direito do Trabalho: a crença na sustentabilidade econômica do modelo de tutela construído em torno do trabalhador, com a proibição de retrocesso e a incorporação ao contrato de trabalho dos benefícios concedidos ao trabalhador. Trata-se do modelo protetivo clássico, sendo-lhe inerente o *favor laboratoris*. É, enfim, um sistema que mira o infinito no que diz respeito à melhoria do estatuto dos trabalhadores subordinados.

1 Maria do Rosário Palma Ramalho. *Direito do Trabalho, Parte I*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 55.

A crença na sustentabilidade desse modelo deve-se em grande parte à pujança econômica experimentada na Europa imperialista e nos Estados Unidos pós-Primeira Guerra Mundial. O dinheiro existia. A produção escoava, quando não para dentro do país, para fora de suas fronteiras. Com prosperidade financeira o empresariado tinha maiores condições de manter o modelo de tutela trabalhista e de suportar os encargos que lhe vinham a reboque, como férias, gratificações, salários extras e o financiamento da seguridade social.

Entretanto, esse modelo típico de relação de trabalho começou a apresentar problemas a partir dos anos 1970, basicamente em virtude da conjugação de dois fatores: a crise econômica decorrente da escassez de petróleo e o surto de desenvolvimento tecnológico desencadeado a partir desse período.

Em 1973, estoura a chamada crise do petróleo no Oriente Médio, elevando fortemente os custos de produção, ante a alta do insumo provocada por esse fenômeno. Aquela foi, talvez, a primeira grande crise atravessada pelo capitalismo mundial desde a queda da bolsa de Nova York ocorrida pouco mais de quarenta anos antes.

A crise econômica naturalmente afetou os lucros empresariais. Os empregadores viram-se, de uma hora para outra, obrigados a aumentar preços, gerando processos inflacionários. Com o aumento dos preços, o salário dos trabalhadores passou a não mais ser suficiente para consumir a produção dando ensejo a recessões econômicas que se arrastaram por toda a década de 1970.

Com seus faturamentos reduzidos, empresas começaram a rever custos, revisão esta que trouxe duas consequências principais. De um lado, intensificou-se o processo de descentralização empresarial, sendo jogadas para fora dos limites da empresa aquelas atividades periféricas, cuja execução não se relacionasse estritamente com o objetivo econômico do empreendimento. De outro lado, o empresariado constatou que boa parte dos custos de sua produção derivava de encargos trabalhistas e previdenciários, o que ensejou questionamentos político-ideológicos acerca do modelo de tutela até então existente.

Paralelamente à crise, foi justamente nesta época que a civilização humana passou por um novo salto tecnológico, com o desenvolvimento do *microchip*, da informática, da cibernética e da robótica. Trata-se da chamada “*Terceira Revolução Industrial*” ou Revolução Tecnológica².

Este novo avanço importou na internalização para as fábricas da tecnologia incipiente. O trabalho humano começou a ser substituído pelo de robôs e computadores.

Então, aliando-se (i) a crise do petróleo, (ii) a inserção de tecnologia na produção, com a possibilidade de supressão do trabalho humano e dos encargos a ele inerentes e (iii) a crescente necessidade de redução de preços ante o acirramento da competição mundial decorrente da globalização (outro fenômeno decorrente da Revolução Tecnológica), esfacelaram-se os pilares sobre os quais estava construído o modelo típico de relação de emprego a partir do qual o Direito do Trabalho se desenvolveu e se consolidou³.

A verticalização e a hierarquização de outrora dão lugar ao trabalho em grupo e ao compartilhamento de tarefas. As formas de remuneração tornam-se mais flexíveis e o local de trabalho pode ser não mais dentro da empresa, mas na própria casa do empregado. De um modo geral, o porte das empresas reduz-se sendo as micro e pequenas empresas responsáveis por aproximadamente 50% dos postos de trabalho subordinado atualmente existentes no Brasil⁴.

2 Esta última expressão é preferida por José Augusto Rodrigues Pinto (*Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 32), pois o fenômeno tecnológico fez em pouco tempo com que a mão de obra novamente migrasse entre setores da economia. Tal como ocorrido na (Primeira) Revolução Industrial, quando a principal forma de trabalho deslocou-se do campo (setor primário) para a indústria (setor secundário), agora a mão de obra deixaria a indústria para ser absorvida pelo setor de serviços. Aquele autor enfatiza que a tecnologia atual já estaria expulsando o trabalhador do setor terciário para um “*quaternário*”, “*comandado pelo conhecimento*” (grifo no original).

3 Para aprofundamento do tema, sugerimos a leitura da nossa obra *A Caminho de um Direito Trabalhista-Constitucional*, São Paulo: LTr, 2010.

4 Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>>; acesso em 22 de abril de 2015.

Isso demonstra que também as características do empregado são transformadas. O modelo de subordinação típica dá lugar a outros formatos menos rígidos. O trabalhador, agora empregado em empresas de pequeno e médio porte, não é “*apenas mais um*” e muitas vezes tem sua voz ouvida ao emitir opiniões quanto aos rumos dos negócios. Paralelamente, a crescente capacitação da mão de obra a qualifica a fazer algumas exigências no momento da contratação, criando figuras parassubordinadas de trabalho. Nas empresas de porte mais elevado o fenômeno da desverticalização exige do empregado maior envolvimento na condução da sua gestão⁵, o que demonstra o início da ruptura com o “*mito da incapacidade genética*” do trabalhador subordinado frente ao empregador.

O perfil do trabalhador também se modifica sensivelmente. Mulheres mergulham no mercado de trabalho e dividem, ombro a ombro com os homens, a responsabilidade de proverem o sustento do lar. Formas de trabalho pouco utilizadas e, por vezes, sequer imagináveis antes de 1970, surgem como alternativa ao desemprego, como é o caso do trabalho à distância, do trabalho temporário, a termo, a tempo parcial etc.⁶

5 “*Os profissionais que sobraram, já que os cortes de pessoal em algumas atividades chegaram a noventa por cento, tiveram de se adaptar ao sistema do trabalho em grupo. A multifunção e polivalência são intensificadas. Os níveis de responsabilidades foram revolucionados. (...) Os grupos definem tarefas, programam qualificação, férias e rodízios, enfim, são semiautônomos, com orientação sociotécnica. (...) As funções foram enriquecidas, a utilização das ferramentas da chamada sociedade da informação com a telemática foi difundida e o trabalhador, além de ver aportar no seu posto de trabalho a sofisticação, teve de se adaptar a uma nova linguagem, a trabalhar em conjunto com colegas em outra parte do mundo (...).*”; Pedro Proscurcin, *Compêndio de Direito do Trabalho: introdução às relações de trabalho em transição à nova era tecnológica*. São Paulo: LTr, 2007, p. 34-35.

6 “*De fato, o trabalho regular em tempo integral e por tempo indeterminado foi o tipo ideal de trabalho, sobretudo no século XIX. A exclusividade dessa forma de trabalho subordinado está cada vez mais distante da realidade das relações de trabalho, na medida em que, de um lado, proliferam as chamadas formas atípicas de trabalho subordinado e, de outro lado, novas formas de trabalho não subordinado, mais próximas do trabalho autônomo*”; Renato Rua de Almeida, *A pequena empresa e os novos paradigmas do Direito do Trabalho*, Revista LTr, 64-10, p. 1250.

O resultado dessas transformações no modelo sobre o qual o Direito do Trabalho fincou seus alicerces e desenvolveu-se enquanto ciência autônoma do mundo jurídico levou a que os institutos (agora) “tradicionais” da disciplina passassem a se mostrar insuficientes para explicar e tutelar os novos fenômenos sociais afeitos ao trabalho moderno.

A insuficiência de respostas e de instrumentos jurídicos para disciplinar as novas relações de trabalho - ou mesmo as antigas, transportadas para um contexto econômico, cultural, tecnológico e social diverso daquele em que o Direito do Trabalho tradicional foi concebido e se desenvolveu - faz nascer um cenário de incertezas.

2. Remuneração do tempo à disposição fragmentário

Com as transformações sofridas pelo Direito do Trabalho, o trabalho de matiz intelectual, nos últimos 45 anos, teve um vertiginoso aumento no contexto produtivo. O setor de serviços expandiu-se de forma extraordinária e hoje é o principal responsável pela criação de empregos em nosso país.

A nova realidade do mundo do trabalho leva o operador do Direito do Trabalho a questionar até que medida aqueles institutos tradicionais previstos na CLT ainda são capazes de tutelar de forma eficiente a relação de emprego e de oferecer respostas satisfatórias aos novos fenômenos sócio-tecnológicos.

Nesse contexto de migração da mão de obra para o setor de serviços da economia, entendo fundamental enfrentar o seguinte tema: o critério de remunerar o empregado com base no tempo à disposição do empregador ainda é capaz de manter o equilíbrio da relação de emprego?

A pergunta surge a partir da constatação de que o trabalho remoto (aquele realizado fora do local de trabalho por meio de instrumentos tecnológicos como *smartphones* e *notebooks*) vem se expandindo em velocidade espantosa.

É cada vez mais a fácil proporcionar ao empregado a possibilidade de se conectar ao ambiente de trabalho, mesmo quando este, à rigor, não está “à disposição” do empregador segundo o conceito clássico de “tempo à disposição” previsto no art. 4º da CLT. Nos horários de descanso, é corriqueira a troca de mensagens relacionadas ao trabalho via e-mails ou acessos digitais ao ambiente remoto de trabalho. Muitas vezes, essas trocas não levam mais que segundos para acontecer.

Esses segundos são tempo à disposição do empregador? Ensejam o pagamento de horas extras? Como controlar o tempo efetivamente gasto pelo trabalhador com trocas de e-mails durante o horário de descanso? Será que todos estão, constantemente, de sobreaviso?

É claro que a discussão sobre esse assunto mostra-se relevante apenas no contexto da prestação de serviços intelectuais, já que, para trabalhadores que se ativam em tarefas braçais, o conceito de tempo à disposição do art. 4º Consolidado ainda me parece plenamente aplicável. Estes quando estão fora do local de trabalho, indubitavelmente não estão trabalhando.

Mas os trabalhadores intelectuais vêm cada vez mais se mantendo conectados ao trabalho, mesmo fora do horário de expediente. Daí ser relevante analisar se a equação “tempo à disposição” = “remuneração” ainda funciona para eles. Pois não se pode perder de mira a realidade de que, ao mesmo tempo em que podem estar conectados ao trabalho no período de descanso, esse período de descanso não é completamente desperdiçado quando o empregado responde um e-mail ou acessa o ambiente virtual da empresa por alguns minutos.

3. A crítica ao tratamento dado ao “Direito à Desconexão”

O fenômeno em questão – que exige constante atenção psicológica do trabalhador intelectual às demandas de trabalho, mesmo quando em período de descanso – é denominado pelos

estudiosos “*conexão*”, surgindo para os trabalhadores um efetivo “*direito à desconexão*” quando estes estão usufruindo dos intervalos de descanso previstos em lei.

Esses estudiosos explicam que os períodos de repouso do trabalhador previstos em lei têm a finalidade não só de lhe repor as energias físicas, mas também de lhe proporcionar relaxamento psicológico; este, tão importante quanto o primeiro, nos tempos atuais de exigência de máximo resultado no mínimo período de tempo possível.

A constante ligação psicológica do empregado com o trabalho mesmo nos períodos de descanso impõe-lhe uma situação permanente – e crescente – de estresse, potencializando sensivelmente as chances de adoecer.

Justamente por macular esse aspecto da dignidade humana – o direito à higidez psicológica – os estudiosos – e já alguns tribunais – têm reconhecido que os empregados que prestam serviços de matiz intelectual devem fazer jus a uma indenização por “danos morais” de seu empregador, quando o cotidiano de trabalho os expõe à potencialidade de trabalhar (ainda que por via remota, em telefonemas e trocas de e-mails) durante o tempo destinado a seu descanso⁷.

7 “DIREITO À DESCONEXÃO. VIOLAÇÃO. DANO MORAL. O direito à desconexão ou ao tempo livre (para descanso, lazer etc.) é um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal e em diversos diplomas legais internacionais, que tem por objeto a preservação: a) do trabalhador - sob as vertentes fisiológica, psicológica, sociológica, política e espiritual; b) da sociedade - sob a vertente econômica. A violação ao direito à desconexão ofende os direitos da personalidade e caracteriza dano moral.” (TRT 24ª Região; 1ª Turma; RO 0000949-58.2010.5.24.0041; j. em 13/05/2014). “DIREITO AO LAZER E A DESCONEXÃO DO TRABALHO. NÃO OBSERVÂNCIA POR PARTE DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS. CABIMENTO. O direito ao lazer está expressamente previsto nos artigos 6º, 7º, IV, 217, parágrafo 3º e 227 da Constituição Federal, estando alçado à categoria de direito fundamental. Também está previsto no art. 4º do Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936), no art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no art. 7º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, e no art. 7º, g e h do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos

Estou plenamente de acordo que o trabalhador intelectual sofre um significativo desgaste em sua higidez psicológica quando fica conectado ao trabalho durante sua folga. Contudo, não creio que o simples pagamento de uma indenização por danos morais é o remédio para lidar com a compensação necessária ao obreiro submetido a tal situação.

A meu ver, reparar essa situação com uma indenização por danos morais – como se faz todas as vezes que se depara com uma injustiça ao trabalhador, sem um correspondente remédio na CLT – parece não resolver a questão.

Em primeiro lugar, porque o Juiz do Trabalho não possui um parâmetro seguro para arbitrar valores indenizatórios desta natureza. A mesma situação experimentada por dois trabalhadores pode desafiar, para um, o pagamento de R\$ 5.000,00, e, para outro, de R\$ 50.000,00. E pode ser que nenhum dos dois montantes seja correto (ou suficiente) para compensar o desgaste sofrido por cada um.

Em segundo lugar, entendo que reparar o fenômeno da “*conexão constante*” com danos morais acaba sendo uma medida superficial, que não enfrenta o cerne da questão. Ora, se, de um lado, o valor da indenização, quando arbitrado pela Justiça, pode não compensar satisfatoriamente o empregado, de outro lado, ele não responde se o trabalhador conectado tem direito à percepção de horas extras

Econômicos, Sociais e Culturais), ratificado pelo Brasil (Decreto 3.321 /99). Ao empregador incumbe organizar a jornada de trabalho de modo a assegurar ao trabalhador a preservação da sua vida privada, social e familiar, assegurando-lhe a desconexão do trabalho. Ao impedir o efetivo descanso do empregado, o empregador exerce o poder empregatício de forma abusiva, e sua conduta caracteriza ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil. Cabível, nesse caso, indenização por danos morais, pois o trabalho invade a vida privada do trabalhador, atingindo sua esfera íntima e personalíssima, nos termos do art. 5º, V e X da Constituição Federal e dos artigos 186 e 927 do Código Civil. No caso em tela, ficou provado que o autor era escalado para plantões que duravam quatorze dias seguidos, vinte e quatro horas, podendo ser chamado pelo telefone a qualquer momento, inclusive de madrugada, para dar suporte na área de tecnologia de informação. Recurso provido.” (TRT 2ª Região; 4ª Turma; RO 00020584320125020464; Rel. Des. Ivani Contini Bramante; j. em 25/02/2014; DJT 14/03/2014).

durante os minutos gastos respondendo a demandas de trabalho em seu tempo de descanso. E mais: se faz jus a horas extras, não explica como calculá-las, pois é inegável que grande parte das vezes esse trabalho efetivamente prestado durante o período de repouso não leva mais que poucos minutos. Afinal de contas, quanto tempo alguém leva para responder a uma ligação telefônica ou a um e-mail? Cinco minutos? Dez? Como fazer o controle – e a prova – do “*tempo à disposição*”?

Por fim, ao defender o pagamento de danos morais ao empregado cujo direito à desconexão é violado, os adeptos a tal solução estão, na prática, impondo a praticamente todos os empregadores o pagamento de indenizações à maioria de seus empregados ativados em tarefas intelectuais, pois a observação do dia-a-dia releva que o atual contexto sócio-laboral exige cada vez mais ao trabalhador dessa natureza estar pronto a responder a demandas de trabalho por meio virtual. Aqui, partimos da constatação empírica de que, muito embora o trabalhador tenha o direito ao repouso mental, ele é comumente violado. Estamos na seara do “*ser*” e não do “*dever ser*”.

A realidade revela que o espaço “*local de trabalho*” não possui mais fronteiras para aqueles que prestam trabalho intelectual. O mundo é o local de trabalho desses empregados. E, estando no mundo, estão potencialmente à disposição para o trabalho. Espaço (local de trabalho) e tempo (duração do trabalho) estão se transformando, portanto, em parâmetros pouco confiáveis para serem usados como medida para quantificação da remuneração devida ao empregado.

4. Proposta: “*adicional de desconexão*”

Constatado que o simples pagamento de uma indenização por danos morais pode não ser a melhor solução para enfrentar, de forma abrangente e definitiva, o problema da violação ao direito à desconexão, tenho a pretensão, então, de buscar um remédio que possa ser capaz

de ao mesmo tempo conjugar o desrespeito à higidez psicológica do empregado e lhe compensar pelo trabalho adicional (extraordinário) a que está potencialmente exposto durante o tempo de descanso.

Se a força-motriz do trabalho de natureza intelectual é o cérebro - o pensamento do empregado - e este está efetivamente em funcionamento em prol do empregador, é possível concluir que se está trabalhando quando o obreiro está efetivamente conectado ao labor durante o período de repouso.

E, como o trabalho nos intervalos destinados ao descanso é considerado extraordinário, pode-se concluir que a forma correta de compensar o trabalho fragmentário prestado intelectualmente durante o período de repouso deveria ser por meio do pagamento de horas extras.

Não se diga que o pagamento destas não tem o condão de compensar a violação à higidez psicológica do trabalhador submetido a essa situação.

Ora, o trabalhador que presta serviços manuais na sede da empresa, quando extrapola a sua jornada normal de trabalho, recebe as horas extraordinárias, as quais são remuneradas com o adicional previsto em lei ou em norma coletiva. O propósito desse adicional é, em última análise, compensá-lo por uma violação a aspectos extrapatrimoniais de sua personalidade⁸: o maior cansaço físico (violação à sua integridade física) e mental (afronta à sua higidez psicológica) a que é submetido.

Então, no adicional de horas extras está embutida uma espécie de “*compensação por danos extrapatrimoniais tarifada pela lei ou pela norma coletiva*”, já que ele compensa perdas imateriais experimentadas pelo trabalhador em decorrência do sobretrabalho.

⁸ Cf. José Martins Catharino. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, 10ª edição, p. 711): “(...) *paga-se um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados (...)*”.

Desse modo, ao se defender que a compensação pelo trabalho fragmentário decorrente da violação ao direito à desconexão deve ser feito com o pagamento de horas extras, o que se está a dizer é que tais horas, ao serem remuneradas com o respectivo adicional, já estão compensando a violação perpetrada pelo empregador à higidez psicológica do trabalhador. Nesse contexto, apenas o empregador ao pagamento de uma indenização por danos morais parece-me representar *bis in idem*, pois configura novo pagamento para compensar a mesma perda experimentada pelo trabalhador.

A questão torna-se mais tormentosa quando se questiona como quantificar essas horas extras. Isso porque, conforme já exposto, não é possível calculá-las de forma acurada, não só porque o trabalho efetivamente prestado pelo empregado ao se conectar ao trabalho muitas vezes não tem duração muito significativa, mas também porque, a rigor, ele está, potencialmente, sempre pronto para responder a demandas de trabalho no seu período de repouso.

Assim, atrelar o cálculo dessas horas extras ao efetivo tempo à disposição – conforme sugere o art. 4º da CLT – não me parece ser algo correto ou justo porque, de um lado, há potencialidade de trabalho a qualquer momento, e, de outro lado, o tempo efetivamente trabalhado pelo empregado muitas vezes não é muito significativo. Além disso, como o trabalho é desempenhado fora do “*local de trabalho*”, é extremamente difícil e complexo controlá-lo e precisar os horários de início e término da conexão do trabalhador.

Na verdade, a conexão pode se iniciar com o simples recebimento de um e-mail e só terminar muito tempo depois de ele o ter respondido. O tempo entre pensar na resposta, realizar alguma pesquisa, redigir a resposta e se desligar do trabalho novamente é volátil e varia de pessoa para pessoa.

Embora respeite aqueles que defendem estar o empregado intelectual sempre em sobreaviso para o trabalho, não concordo com o posicionamento. A meu ver, a figura da potencialidade de conexão,

embora em certa medida se assemelhe ao sobreaviso previsto no art. 244, §2º da CLT, não pode ser com ele confundida. Isso porque o sobreaviso pressupõe uma restrição mais invasiva no direito de autodeterminação obreira quando em período de descanso. O trabalhador em sobreaviso tem limitações geográficas de deslocamento (não pode se ausentar para muito longe do local de trabalho quando em plantão). Ele também tem restrições sociais (não pode, por exemplo, ingerir bebidas alcoólicas durante o tempo de lazer).

O trabalhador “*conectado*” não sofre tais restrições, de modo que, para eles, incide a regra do item I da Súmula no 428 do TST.

Então, persiste a questão: se faz jus a horas extras, como calculá-las, diante de um trabalho etérril e fragmentado decorrente da violação ao direito à desconexão?

Creio ser possível “*importar*” a resposta de outras situações vivenciadas pelo próprio Direito do Trabalho em casos em que se sabe que o empregado ativa-se em sobrejornada, mas o cotidiano de trabalho torna difícil o controle das horas extras.

Refiro-me especificamente ao tratamento conferido pela jurisprudência à categoria de trabalhadores marítimos.

É comum que estes, quando em serviço a bordo de embarcações, prestem horas extras de forma assistemática. Como a dinâmica do trabalho embarcado é variável e muitas vezes não permite a anotação precisa dos horários de início e término do serviço, sobretudo o extraordinário, a jurisprudência vem privilegiando os acordos e convenções coletivas de trabalho que prestabelecem um número fixo de horas extras para compensar a potencialidade de trabalho extraordinário⁹.

9 “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. MARÍTIMO. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO E FORMA DE APURAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. A Corte de origem, com base nas provas produzidas nos autos e atenta às peculiaridades

Assim, façam ou não horas extras, em quantidade inferior ou superior ao número prefixado, os trabalhadores marítimos recebem a totalidade das horas prevista em norma coletiva.

Penso que esse é um parâmetro que serve de base para compensar os trabalhadores intelectuais pela violação ao direito à desconexão. Tal qual acontece com os marítimos, também eles têm rotinas de trabalho cambiantes, cujas particularidades praticamente impossibilitam o preciso controle do trabalho fragmentário prestado nos períodos destinados ao repouso.

Desse modo, em princípio, vejo como possível solução a prefixação de uma compensação para fazer frente à potencialidade de prestação de trabalho por aqueles cujas atividades cotidianas envolvam o trabalho intelectual.

que envolvem o trabalho prestado pelo empregado marítimo, em especial o fato de permanecer embarcado, considerou a validade da norma coletiva que previu o pagamento de horas extras de forma pré-determinada, relevando, ainda, a adequação do julgado à jurisprudência assente nesta Corte Superior, na forma da Súmula nº 96. Dessa forma, inviável o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.” (AIRR - 479-33.2012.5.09.0022; Data de Julgamento: 05/11/2014, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/11/2014). “RECURSO DE REVISTA – EMPREGADO MARÍTIMO - HORAS EXTRAS - JORNADA NOTURNA - PREFIXAÇÃO EM NORMA COLETIVA – POSSIBILIDADE. 1. A Consolidação das Leis do Trabalho, atenta às peculiaridades inerentes ao trabalho em embarcações, prevê disciplina própria para os empregados marítimos, pois a tripulação está sujeita a rotinas específicas de trabalho, vinculadas às necessidades e às contingências do labor a bordo de embarcações marítimas. 2. O entendimento prevalente desta Corte privilegia as convenções coletivas envolvendo trabalhadores marítimos, haja vista a peculiaridades de suas condições de labor. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.” (RR - 628-32.2010.5.04.0121; Data de Julgamento: 27/08/2014, Rel. Des. Conv. João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014). “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO MARÍTIMO. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS EM NUMERO FIXO. O legislador buscou adequar as particularidades da categoria ao regime de trabalho a ela afeta, reservando também à norma coletiva amplo espaço para a estruturação de regras privadas para as relações do empregado marítimo. Nesse sentido, há de ser reconhecida a possibilidade de estipulação em norma coletiva de pagamento de um número prefixado de horas extras mensais (precedentes desta Corte). Agravo de instrumento desprovido.” (A-AIRR - 49340-65.2003.5.09.0022; Data de Julgamento: 09/06/2010, Rel. Des. Conv. Roberto Pessoa, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/08/2010).

Ainda buscando no nosso Direito do Trabalho parâmetros de analogia para enfrentar o problema (art. 8º, CLT), é possível localizar nos arts. 192 e 193, §1º da CLT a predeterminação de adicionais destinados a compensar justamente a potencialidade de danos a aspectos extrapatrimoniais da personalidade do empregado: a sua saúde (no caso do adicional de insalubridade) e a sua vida (no caso do adicional de periculosidade).

Entendo que há boa semelhança entre a finalidade desses adicionais e a necessidade de proteção à higidez mental do trabalhador submetido indevidamente à desconexão durante seu repouso. Ao mesmo tempo em que o trabalho durante período de repouso representa sobretrabalho – e, por isso, dá ensejo ao pagamento de horas extras – ele também configura exposição à saúde do trabalhador, exposição essa de natureza extraordinária, pois não englobada nas condições normais de trabalho.

Nos casos da insalubridade e da periculosidade, o legislador optou pela fixação de adicionais para a compensação do dano extrapatrimonial que o empregado experimenta. Ou seja, foi prefixado – pretarificado – o *quantum* reparador do dano.

Penso ser possível transportar o critério utilizado pelo legislador para o caso ora em estudo e prestabelecer, a partir de um percentual do salário base, o valor destinado a compensar o trabalhador pela potencialidade da violação ao seu direito à desconexão. O valor a ser pago teria natureza de trabalho extraordinário, mas em quantidade prefixada, tal qual ocorre com os trabalhadores marítimos.

O debate, posto nestes termos, se resumiria apenas *(i)* ao valor desse percentual e *(ii)* à base de cálculo daquilo que seria possível denominar “*adicional de desconexão*”.

Uma análise comparativa dos percentuais definidos para os demais adicionais mais comumente aplicáveis nas relações de

trabalho – periculosidade (30%), insalubridade (10%, 20% ou 40%), transferência (25%), noturno (20% - trabalhador urbano – ou 25% - trabalhador rural), sobreaviso (33%) e horas extras (50% ou 100%) – pode servir como norte para esta tarefa.

À exceção do adicional de insalubridade, todos os demais são calculados tomando como base o salário do trabalhador. Somando-se a isto o fato de que o que se visa a compensar com o “*adicional de desconexão*” é a potencialidade de trabalho extraordinário - cujo adicional também é calculado sobre o salário do empregado (embora acrescido de outras parcelas de natureza salarial¹⁰) - penso que o mais justo seria manter esta a base de cálculo do benefício que estamos propondo neste estudo.

Quanto ao percentual, sua concretização é tarefa mais complexa. Isso porque, ao se analisar a realidade empírica, não é difícil constatar que a quantidade de trabalho efetivo daqueles empregados submetidos à desconexão não é, como regra, muito elevada. A troca de e-mails, o acesso ao ambiente virtual da empresa e a resposta a telefonemas durante o horário de descanso geralmente não é algo que tome, no máximo, mais que trinta minutos ou uma hora por dia do trabalhador. Há dias – é verdade – em que o trabalho é maior. Mas há outros em que sequer há trabalho ou conexão a ele.

Adotando-se tal realidade como premissa, seria razoável arbitrar esse “*adicional de desconexão*” em algo próximo a 10% do salário do trabalhador, já que é esse o percentual aproximado que 45 minutos por dia representam em comparação com uma jornada de trabalho de 8 horas.

5. Ressalvas quanto ao adicional de desconexão

Três ressalvas devem ser feitas ao se analisar a aplicação do adicional de desconexão na relação de trabalho.

10 Cf. Súmula no 264, TST.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que ele tem o propósito de compensar a potencialidade de conexão mental do empregado ao seu trabalho. Ele o remunera pelo risco de violação à sua integridade psicológica, decorrente do uso de aparelhos informatizados de acesso remoto ao ambiente laboral.

Entretanto, caso se constate que o empregado efetivamente teve que trabalhar de forma contínua – e não somente fragmentária, com simples respostas a e-mails esparsos ou a telefonemas isolados – ele fará jus à percepção das horas extras que prestar. O adicional, nem por isso, deixaria de ser devido, pois em outros dias do mês a virtualidade de trabalho existiria e, naquele em que tiver havido o efetivo sobretrabalho contínuo, o trabalhador precisaria, de todo modo, de algum tempo adicional após o término do serviço extra para se desconectar mentalmente do trabalho.

A segunda ressalva que se faz necessária é que o adicional em questão não seria devido para aqueles trabalhadores enquadrados no art. 62 da CLT. Os ocupantes de cargo de confiança já têm essa carga adicional de trabalho e de responsabilidade compensada a partir da gratificação de função – ou remuneração adicional – prevista no inciso II daquele artigo. Já os trabalhadores externos, como regra, teriam meios de organizar seu cotidiano de modo a efetuar a desconexão em horários que lhes sejam convenientes.

Estes últimos, todavia, poderiam pleitear, eventualmente, indenização por danos morais em caso de comprovação de efetivo dano psicológico decorrente de excesso de demandas patronais, que pudessem comprometer sua higidez mental. Entretanto, tal indenização não seria decorrente de um dano *in re ipsa*; ele precisaria ser cabalmente demonstrado judicialmente, para dar ensejo ao pagamento de sua compensação.

Os ocupantes de cargo de confiança, igualmente, poderiam ingressar com idêntico pedido, caso experimentassem dano à sua

saúde – aqui, não potencial, mas efetivo. Trata-se do chamado “*dano biológico*”, já reconhecido por jurisprudência e doutrina estrangeiras – como a italiana, a alemã e a portuguesa.

A terceira e última ressalva diz respeito aos contemplados com o adicional a que aludimos neste estudo. Eles seriam tão somente os empregados que trabalham com atividades intelectuais, não sendo o benefício extensível àqueles trabalhadores braçais.

Não vislumbramos com isso qualquer afronta ao art. 7º, XXXII, da Constituição Federal. O dispositivo em questão veda a distinção entre trabalho intelectual e manual em questões como patamar salarial, acesso a previdência social, duração de trabalho etc. Violação ao dispositivo em questão existiria, por exemplo, se, em uma empresa onde, por exemplo, há refino de petróleo, o adicional de periculosidade fosse pago apenas àqueles trabalhadores que manuseiam substâncias inflamáveis, não sendo estendido aos empregados do escritório localizado no mesmo local de trabalho.

O pagamento do adicional de desconexão ao trabalhador intelectual – e não ao trabalhador manual – representa, na verdade, observância ao princípio isonômico, em sua acepção de justiça distributiva aristotélica. Ele consagra o tratamento igual de pessoas iguais, e desigual entre pessoas desiguais, na proporção das suas respectivas desigualdades.

Não se pode negar que os empregados que trabalham com tarefas puramente braçais têm realidade distinta dos que se ativam em tarefas intelectuais. Aqueles trabalham em local geograficamente definido; estes têm as fronteiras do local de trabalho ampliadas pela incidência da tecnologia no cotidiano laboral. Aqueles, como regra, se desconectam do trabalho ao fim do expediente; estes, potencialmente não. Àqueles o modelo de trabalho “*típico*” da CLT ainda se aplica em boa medida; a estes, não mais.

Conclusão

Como se vê, é necessário repensar a forma como o trabalho extraordinário é remunerado para empregados que – como os que desempenham tarefas intelectuais – são mais fortemente atingidos com a ruptura do modelo “*típico*” de trabalho sobre o qual a CLT foi erguida.

Constatando-se a insuficiência de respostas diante do alargamento do conceito de “*local de trabalho*” e do que se pode entender por estar “*aguardando (...) ordens*” do empregador (art. 4º da CLT), torna-se importante desatrelar, em certa medida, o cálculo da quantidade de remuneração devida ao empregado do tempo de efetivo trabalho por ele desempenhado em prol da empresa.

Assim, inspirado em outros institutos trabalhistas – como a prefixação de horas extras existente no trabalho marítimo e os adicionais previstos na CLT para trabalho em condições extraordinárias – imagino ser possível conceder àqueles empregados que se ativam em tarefas intelectuais um “adicional de desconexão” para lhes compensar a potencialidade de trabalho remoto durante o período de descanso.

Não ignoro que a novidade da solução aqui proposta pode suscitar questionamentos. Na verdade, o propósito deste ensaio é justamente esse: provocar o estudioso a repensar os institutos tradicionais de Direito do Trabalho e buscar soluções criativas para situações laborais modernas que a CLT não é capaz de tutelar satisfatoriamente.

DIREITO DE DESCONEXÃO FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Célio Pereira Oliveira Neto ()*

Introdução

Matéria do jornal italiano Corriere Della Sera traz interessante artigo denominando de *pollici*¹ os usuários de IPAD que o manuseiam somente com os polegares, dando a entender que os “*antigos*” fazem uso dos indicadores para o uso do IPAD.²

A geração “*Pollici*” combina estratégia pessoal direto, mas sim por meio virtual, possivelmente realizando prova criptografada.

Porém, não é necessário ir para as gerações mais novas. Diversas faixas etárias já aderiram ao uso das redes sociais, onde de jogo ao celular mediante o uso de “*kick*” ou outros dispositivos rápidos, enquanto joga em rede e assiste televisão, e começa a chamar as pessoas que usam e-mails para mandar mensagem de “*velhos*”, ou seja, desatualizados. Essa mesma geração possivelmente contratará e será contratada sem conatualmente se sobressaem facebook, orkut, linkedin, twitter, MSN, youtube, whatsapp, instagram, blogs, kik messenger e viber.

(*) Advogado, Doutorando, Mestre e Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP – Pontificia Universidade Católica de São Paulo; Professor nos cursos de Pós-Graduação da Ematra IX – Escola da Magistratura do Trabalho da Nona Região, PUC/PR – Pontificia Universidade Católica do Paraná e Universidade Positivo; Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*.

1 Significa polegares.

2 Matéria Il Pollice Digitale, la nuova tappa dell’evoluzione, publicada no jornal Corriere Della Sera, em 26 de setembro de 2013, por Anna Medolesi. Disponível em: <http://www.corriere.it/tecnologia/cyber-cultura/13_settembre_27/pollice-digitale_21dfbec0-2665-11e3-a1ee-487182bf93b6.shtml>.

É até paradoxal pensar em direito de desconexão se a diversão dos mais jovens e muitos senhores está na conexão full time. Quanto a este tipo de conexão, não há o que se possa fazer. É bem verdade, pois, que a desconexão é bem mais ampla atingindo a esfera privada do indivíduo, porém, aí, trata-se de livre arbítrio quanto ao uso e necessidades desenfreadas de postagens em redes sociais e acompanhamento dos acontecimentos durante todos os momentos do dia.

Aqui, o objeto do presente artigo é o direito de desconexão relacionado ao emprego, afinal, o constante e crescente uso da tecnologia não pode impor ao trabalhador que se mantenha conectado todos os momentos da vida, devendo-se manter espaço para o “*não fazer*”.

O tema ainda é controvertido, porém, soa inequívoca a necessidade de que a inovação tecnológica seja acompanhada pelo direito, cabendo aos operadores do direito esclarecer à sociedade a relação do direito de desconexão e as novas ferramentas de trabalho que permitem trabalho móvel e em diversos lugares, observada a autodeterminação (liberdade) e o respeito ao ordenamento jurídico.

Inicia-se, pois, o presente artigo tratando dos direitos fundamentais, buscando, de modo resumido, a origem da vinculação dos particulares ao respeito aos direitos de caráter fundamental, dentre os quais se encontram os preceitos relativos ao lazer e descanso, que informam o direito de desconexão.

1. Direitos fundamentais

1.1. Distinção com direitos humanos

Para início desta abordagem, vale apresentar a diferença proposta por Ingo Sarlet no que tange a direitos fundamentais e direitos humanos. Estes são direitos reconhecidos e positivados pela ordem jurídica internacional, assegurados a qualquer pessoa, em

qualquer lugar e não especificamente ao cidadão de um determinado Estado. Serão reconhecidos internamente se forem adotados pela constituição de cada país, ao passo que os direitos fundamentais são direitos positivados no plano ou na ordem jurídica constitucional, de tal arte que, em princípio, são válidos, no âmbito territorial do país em cuja constituição foram consignados.

O rol dos direitos humanos internacionais, em regra, não é exatamente igual ao dos direitos fundamentais da constituição. Isso ocorre porque nem todos os Estados ratificam os tratados internacionais que firmaram, assim como existem direitos previstos em algumas constituições não elencados em tratados.

Ainda, nessa breve passagem, outro motivo da diferenciação diz respeito às garantias dos direitos humanos internacionais e dos direitos fundamentais da constituição. Com efeito, é muito mais simples obter a efetivação dos direitos da constituição, na medida em que o cidadão comum não possui fácil acesso aos tribunais internacionais.³

1.2. Vinculação

A vinculação ao respeito aos direitos fundamentais pode ser vertical ou horizontal. A primeira, vincula o Estado e os que atuam por delegação deste. Tal vinculação foi aplicada ao início do reconhecimento dos direitos fundamentais como meio de proteção dos cidadãos frente o Estado todo poderoso.

Posteriormente, reconheceu-se que tal doutrina já não atendia às necessidades sociais, na medida em que o reconhecimento do direito não era mais suficiente, eis que a proteção e promoção teria de ser efetiva por parte do Estado, vinculando-o de modo positivo para concreção dos direitos fundamentais. Com efeito, em meados

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34-35.

do século XIX, após a 2ª Grande Guerra, cresce a necessidade de proteção dos cidadãos nas relações entre particulares, mormente em relações de desigualdade, desenvolvendo-se na doutrina alemã – o *Drittwirkung* - direitos fundamentais perante terceiros.⁴

Desenvolve-se, pois, a vinculação horizontal dos particulares ao respeito aos direitos fundamentais, ampliando-se a vinculação do Estado, de modo a exigir-se que este defenda e promova os direitos fundamentais, em posição de vinculação positiva em relação aos direitos sociais, o que será garantido por meio da competência outorgada ao Executivo, Legislativo e Judiciário para zelar pela proteção e promoção dos direitos fundamentais⁵.

Segundo a teoria dos deveres de proteção, o desenvolvimento da sociedade se deu de modo complexo e assimétrico, sendo necessária a participação do Estado na defesa do particular.⁶ Os direitos fundamentais ganham, pois, dimensão objetiva, contendo valores que o Estado deve respeitar e fazer respeitar, assegurando que terceiros não maculem direitos fundamentais de particulares, como imperativo de tutela decorrente do Estado de Direito e do monopólio que o Estado detém para o uso da autoridade e da força legítima.⁷ Assim, e diante da unidade do ordenamento jurídico, faz-se imperiosa a proteção do Estado em favor de particulares vulneráveis em relações em que haja alguma espécie de poder.

Havendo norma legal, presume-se situação de equilíbrio, porém, a norma poderá ser elidida se afrontar preceitos relativos a direitos fundamentais, por força da interpretação conforme a constituição,

4 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*, São Paulo: LTr, 2007, p. 54-58

5 ALMEIDA, Renato Rua de, *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 2010, p. 145.

6 ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4. ed.*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 234-235.

7 MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 28-29.

pois, cabe ao Estado atuar na hipótese de intervenções ilegais nos direitos fundamentais. Nesse diapasão, o dever de proteção passa a ser compreendido como proteção suficiente, concebendo o princípio da proibição do déficit.

A teoria da proibição do déficit consiste em reconhecer que a Constituição visa a proteção enquanto objetivo, porém, cabe ao legislador estabelecer forma e extensão desta proteção, considerando as exigências mínimas do ordenamento jurídico.⁸

1.3. Aplicabilidade

Pois bem, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais limita o exercício da liberdade contratual e do poder de direção, o que pode ocorrer por meio da aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais ou aplicabilidade mediata e indireta. Na primeira, a regra é de que os direitos fundamentais têm validade absoluta enquanto direitos subjetivos aplicando-se diretamente nas relações entre privados, ao passo que na segunda, a autonomia privada é atingida, por meio da concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mas não de modo direto.

Em linhas gerais, a **aplicabilidade mediata** não se opõe à incidência de aplicação dos direitos fundamentais, porém, de maneira indireta, por meio da atuação do legislador, conformando ou adaptando a aplicação. O direito contemporâneo experimenta uma progressiva influência do direito constitucional, considerando-se os direitos fundamentais na resolução de questões da esfera privada. Todavia, o princípio da liberdade continua postulado básico, não se podendo exigir dos particulares o mesmo comportamento esperado do Estado, sob pena de subverter a liberdade, convertendo-a em dever.⁹

8 Ibid., pág. 32.

9 ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 250.

É evidente que particulares merecem proteção contra outros particulares, porém, segundo a teoria da aplicação mediata dos direitos fundamentais, a preservação da autonomia privada não autoriza a aplicação direta, sendo necessária a presença do legislador para a concretização dos preceitos constitucionais por meio da lei ordinária, na forma de deveres de proteção, ou mesmo do juiz no caso concreto posto para sua análise. Assim, no direito privado, a defesa dos direitos fundamentais não decorre de aplicação direta dos preceitos constitucionais, mas, via cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados que irradiam os efeitos do direito constitucional para as relações privadas, visando a preservação do núcleo dos direitos fundamentais.

A **aplicabilidade imediata** dos direitos fundamentais, tem seus pontos de apoio na necessidade de proteção dos interesses dos mais fracos, considerada a supremacia de grupos influentes ou poderosos, que podem subjugar interesses, com risco de ataque a direitos da personalidade, não necessitando da intervenção do legislador.

Pioneiro na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais foi o ensaio sobre a igualdade salarial da mulher, publicado por Nipperdey, Presidente do Tribunal Federal do Trabalho, na Alemanha, em meados de 1950, para quem “determinados direitos fundamentais, enquanto princípios ordenadores da vida social, possuem um significado directo ou uma relevância directa no tráfico jurídico entre cidadãos, sendo diretamente aplicáveis nas relações inter privados, de tal modo que os particulares são sujeitos passivos destes direitos”¹⁰, assim o fazendo porque direitos fundamentais constituem normas que trazem valores a serem aplicados em todo o ordenamento jurídico, por conta do princípio da força normativa da Constituição.

10 MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 22.

As consequências da aplicação imediata é que – ainda que não protegidos pelo legislador na esfera privada - as normas constitucionais produzirão efeito direto nas relações, não ficando à margem do Direito Privado, considerado o escopo de proteção da dignidade da pessoa humana.

No entanto, é indene de dúvidas que a vinculação dos particulares se dá de modo diverso, estes só se vinculam de forma negativa, ao passo que os poderes públicos ficam vinculados de forma positiva e negativa quanto à observância dos direitos fundamentais. Significa dizer, o Estado deve se abster de imiscuir na esfera de liberdade do cidadão (vinculação negativa) e também promover e proteger os direitos e garantias fundamentais do cidadão (vinculação positiva). Já os particulares só se obrigam à primeira hipótese – não se imiscuir na esfera de liberdade de outros cidadãos.¹¹

José Carlos Vieira de Andrade aduz que os direitos fundamentais nasceram e cresceram de uma raiz liberal, tendo de adaptar-se às novas necessidades e formas de defesa da dignidade da pessoa humana, sem perder, todavia, a sua matriz libertadora, de tal arte que propõe que a Constituição Portuguesa seja interpretada consagrando o princípio da liberdade como regra nas relações entre indivíduos iguais, respeitado e condicionado ao conteúdo essencial absoluto, onde reside a dignidade da pessoa humana.¹²

Prevalece a aplicação mediata, com ampliação para além das cláusulas gerais, alargando a responsabilidade do Estado, que deve oferecer efetiva proteção visando a preservação dos direitos fundamentais de particulares, observada a aplicação do princípio da proporcionalidade quando se trata de colisão de direitos fundamentais ou constitucionalmente previstos.

11 AMARAL, Júlio Ricardo de Paula, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*, São Paulo: LTr, 2007, p. 60-61.

12 ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 257-258.

A liberdade sofre restrição quando se trata da relação de particulares desiguais, afinal, há necessidade de tratar os que detenham o poder de modo diferente, não se podendo aceitar como lícitas condições contratuais ou de tratamento que impliquem em ataque à dignidade de particulares, sem com isso destruir a autonomia privada ou a liberdade de negociar e contratar.¹³ Há de se fazer, pois, a investigação no caso concreto, promovendo-se a vinculação horizontal dos particulares aos direitos subjetivos fundamentais, observada a dignidade da pessoa humana.

Conceituados direitos fundamentais, bem como vistas as suas formas de incidência, no que interessa ao presente estudo, passa-se a abordagem dos fundamentos constitucionais nacionais que representam os direitos fundamentais que abarcam o direito a desconexão.

1.4. Constituição Federal/1988

Os direitos fundamentais estão divididos em dois grandes grupos. Do primeiro constam os direitos expressamente positivados, onde inserem-se os direitos relacionados no Título II da Carta Magna, a exemplo da privacidade e intimidade, previstos pelo art. 5º, inciso X da CF/88; os direitos positivados na Constituição Brasileira, mas fora do Título II¹⁴, tal como o direito ao meio ambiente saudável (art. 225); e os direitos positivados nos tratados internacionais, que entram no ordenamento jurídico por força do art. 5º, § 3º, da CF/88¹⁵. O segundo grupo é composto pelos direitos implicitamente positivados, subentendidos, mas não expressamente relacionados, tais como sigilo bancário e fiscal, implícitos no direito de intimidade da vida privada ou proteção dos dados.

13 *Ibid.*, p. 257-258.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115-119.

15 Art. 5º, X. *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

2. Direito de Desconexão

O constante e crescente uso da tecnologia não pode impor ao trabalhador que se mantenha conectado todos os momentos da vida. De modo inerente ao direito da personalidade, figura o direito ao lazer, que só se exerce de modo amplo e efetivo com o desligamento das atividades laborais (ao menos em tese). A violação desse direito implica em lesão não só ao trabalhador, mas, ao núcleo familiar, que pode restar rompido ou seriamente comprometido, gerando até mesmo um dano existencial, consoante será exposto ao longo do presente.

O trabalho, ao mesmo tempo que alimenta e dignifica, pode, a contrassenso, também retirar a dignidade do homem, quando se avança sobre aspectos da vida privada e intimidade, privando-o do lazer, descanso e desligamento (formal) das suas atividades diurnas de labor.

Vive-se em meio ao caos tecnológico, onde as pessoas são prisioneiras da tecnologia e do “*bem-estar informado*” *full time*. Nessa sociedade, com a disseminação do uso dos smartphones e as novas formas de comunicação o mundo está a um click, podendo gerar prejuízo direto e indireto à saúde, sendo por vezes causa ou concausa de doenças modernas como depressão e ansiedade.

“Releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho”.¹⁶

16 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito à desconexão do trabalho. Disponível no site: <<http://nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Do%20Direito%20%C3%A0%20Desconex%C3%A3o%20do%20Trabalho%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2015.

Nesse cenário, o direito de desconexão representa sob o viés do direito do trabalho, o desligamento do labor em prol da vida privada, ao livre gozo do tempo, permitindo equilíbrio entre as atividades de labor, lazer e descanso

É bem verdade que inexistente disposição expressa prevendo o direito de desconexão. Com efeito, nem a Carta Magna nem a legislação infraconstitucional preveem o direito de desconexão. Logo, o direito de desconexão não está positivado de forma taxativa, e nem teria de estar.

É necessário acabar com essa cultura de necessidade de regulamentação de direitos à extensão, basta fazer a leitura dos direitos à luz das normas já existentes, a partir do plano constitucional que já se percebe claramente a presença do direito de desconexão, que tem por fundamentos os direitos fundamentais de lazer e descanso.

2.1. Fundamentos Constitucionais

A Constituição Federal de 1988, no título I – Dos Princípios Fundamentais, logo no art. 1º, informa que a República Brasileira se constitui em estado democrático de direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

A nação brasileira elegeu, pois, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, de tal arte que todas as ações do Estado e dos particulares devem observar o respeito à dignidade da pessoa humana.

No desenvolvimento do labor, o empregado não perde a condição de pessoa humana, que se mantém íntegra, de tal modo que o poder diretivo e de fiscalização do empregador tem de ser coordenado de sorte a preservar os direitos de personalidade do empregado. Nessa condição, além da dignidade da pessoa humana constar como fundamento logo no art. 1º da CF – tida como

norma hipotética fundamental, na linguagem kelseniana - também se encontra expressamente inserida quando se trata da ordem econômica, conforme se observa do art. 170, caput, que enuncia que a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

O direito de desconexão representa, pois, o período em que o empregado se desliga de suas atividades laborais, encontrando regulamentação expressa tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional, na referência aos preceitos fundamentais de descanso e lazer.

O **direito ao descanso** tem por fundamentos implícitos a saúde, a vida social, a intimidade, a privacidade, a liberdade e o lazer. Os fundamentos explícitos constam da Constituição Federal, mormente nos seguintes artigos: art. 1º, incisos III (dignidade da pessoa humana) e IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa); art. 3º, inciso I (princípio da solidariedade); art. 6º (lazer); art. 7º, incisos XIII (jornada de normal de 8h diárias e 44 semanais), XIV (jornada de 6h para o labor em turnos ininterruptos de revezamento), XV (repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos), XVII (férias anuais remuneradas), XXIV (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança).

A legislação infraconstitucional trata do direito ao descanso em diversos dispositivos legais anteriores à Carta Magna de 1988, de que são exemplos os intervalos intra e interjornadas, previstos respectivamente pelos artigos 71 e 66 da CLT, assim como o artigo 384 da CLT, que trata no capítulo de proteção da mulher da concessão de 15 minutos de intervalo antes do cumprimento das horas extras¹⁷; e as férias anuais disciplinadas no capítulo IV da CLT.

¹⁷ Para deixar passar em branco, menciona-se a decisão do STF em novembro de 2014, que negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 658312, com repercussão geral reconhecida, e firmou a tese de que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, e que o dispositivo trata exclusivamente da proteção do trabalho da mulher.

O **direito ao lazer** representa, como um de seus elementos, a oposição ao trabalho. Trata-se, todavia, não somente da ausência de trabalho, mas do livre dispor do tempo, da maneira que melhor aprover à pessoa, liberta das obrigações, desenvolvendo a sua personalidade na íntegra, de acordo com um estilo de vida pessoal e social.¹⁸

Aristóteles equiparava o lazer ao ócio, lembrando que a contemplação era necessária àqueles que utilizavam suas capacidades para pensar, na medida em que a sociedade se utilizava de pessoas que tivessem tempo livre para refletir, sendo que o ócio pensativo não era para todos, mas somente aos cidadãos com capacidade para pensar, de onde se excluía os trabalhadores não braçais.

Como se sabe, na sociedade atual, o lazer é direito de todos e tem diversos fundamentos implícitos, dentre os quais, a busca da felicidade de inspiração norte americana – “*Pursuit of Happiness*”, tal como consta na Declaração de independência dos EUA: “... *certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*” (1776).

A ordem constitucional brasileira expressamente garante o direito ao lazer, consoante se extrai do art. 6º, caput: “*São direitos sociais (...) o lazer, (...)*”. O art. 7º, inciso IV, trata do “*Salário mínimo, (...) capaz de atender as suas necessidades básicas e de sua família com (...) lazer, (...)*”. Também há disposição quanto ao Descanso semanal remunerado, consoante se extrai do art. 7º, inciso XV. E ainda, o art. 217, § 3º, enuncia que “*o Poder Público incentivará o lazer*”. Isso sem mencionar disposição específica quanto ao direito ao lazer da criança contida no art. 227 da CF.

Claro que também possui por fundamentos¹⁹ implícitos a busca da saúde, o direito à uma vida saudável, destacando-se, a partir da supremacia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III,

18 FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e Trabalho: Um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTR, 2013, p. 101-105.

19 Alguns dos fundamentos mencionados são princípios jurídicos (dignidade), outros não (felicidade) posto que não possuem normatividade deontológica (jurídica).

CF), os mesmos preceitos que consagram o direito ao descanso, somando-se o art. 5º, incisos VI, VIII, IX, XI; e, dentre outros, que tratam da liberdade em sentido mais amplo, mormente no que tange ao exercício de crença religiosa.

2.2. Teletrabalho

Teletrabalho representa trabalho prestado de modo externo à empresa, portanto, não presencial, com flexibilidade de jornada, e ausência de fiscalização direta, dotando o teletrabalhador de certa auto-organização e autonomia.

Jack Nilles conceitua o teletrabalho como:

“Qualquer forma de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho”.²⁰

Teletrabalho é espécie do gênero trabalho à distância. Outras espécies, dentre as mais conhecidas são o trabalho em domicílio e o trabalho externo. Não se confunde, todavia, com trabalho em domicílio, quanto menos com as características arcaicas da prestação de serviços pós-revolução industrial em que artesãos se dedicavam a produzir de modo precário, e sem o menor cuidado com a saúde e segurança no trabalho. Inobstante, o modelo atual até pode se misturar com o conceito mais moderno de “*home office*”, quando o labor é prestado e entregue mediante uso dos equipamentos de telemática.

Essa modalidade se diferencia do trabalho prestado no âmbito interno da empresa, especialmente e, em regra, por: inexistir controle físico; contato direto, pessoal e contínuo com o empregador; além da adoção de jornada e horários flexíveis.

20 NILLES, Jack M., *Fazendo do Teletrabalho uma realidade*, São Paulo: Editora Futura, 1997.

A OIT conceitua teletrabalho como “*forma de trabalho efetuada num lugar diferenciado do escritório central ou do centro de produção e que implica uma nova tecnologia que permite a separação e facilita a comunicação.*”

No cenário nacional, o Teletrabalho possui regramento específico por força da Lei 12551/11²¹, que introduziu a nova redação do artigo 6º da CLT²².

As consequências do teletrabalho foram diversas. A título exemplificativo, no que diz respeito ao presente artigo, pode-se citar: a) a desterritorialização do trabalho, de modo que o trabalho passa a ser prestado de qualquer lugar do mundo e entregue em tempo real; b) a diminuição da fronteira entre o privado e o profissional, na medida em que o trabalho passa a ser prestado fora do ambiente ordinário e usual de trabalho; c) a desmaterialização da produção, que passa ao ambiente virtual; d) a desnecessidade de locomoção, que tem o condão de tirar parte das pessoas do intenso fluxo do trânsito e de pessoas, nos grandes centros urbanos; e) propicia ao empregado a melhor utilização do tempo que não passa mais longas horas em congestionamentos, seja em veículo próprio, seja em transporte

21 Juridicamente, não havia a menor necessidade da nova redação do artigo 6º da CLT, na medida em que o direito deve ser aplicado à sua época, de acordo com a evolução da sociedade, e observados os conceitos e *modus vivendi* da sociedade que lhe é destinatária. Pois bem, nesse diapasão, o fato da lei ser de 1943 não impede a sua aplicação ao tempo da sociedade que lhe é destinatária, adequando-se os conceitos às novas tecnologias. Tanto assim o é que restava inequívoca a proteção do teletrabalhador pela relação de emprego quando presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, e mesmo o direito às horas extras quando da realização destas diante da possibilidade de controle de jornada. Não se pode fechar os olhos, todavia, que a sociedade somente tomou amplo conhecimento da norma com a edição da Lei 12551, que representou marco de divulgação.

22 Art. 6º 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. Parágrafo único. 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. (NR)

coletivo; f) gera maior liberdade de horários e auto-organização do empregado, que muitas vezes, tem a possibilidade de trabalhar de acordo com a sua conveniência, oportunidade e biorritmo; g) permite maior tempo de convívio com a família, ou mesmo para o gozo de lazer e descanso, mormente diante da redução das horas em trânsito; h) possibilidade de extensão do convívio com o recém-nascido; i) aumento do período de tempo de amamentação; j) facilitação para os responsáveis por familiar enfermo ou de idade avançada.

Porém, todos esses pontos positivos podem não ser suficientes para uma melhora da qualidade de vida do empregado, se este não usufruir do direito de desconexão, diante da possível diminuição de modo exagerado da fronteira entre a vida profissional e particular, passando o empregado a dedicar-se ao trabalho mesmo nos momentos que deveriam ser destinados ao descanso.

Observa-se a possibilidade de se exigir que o empregado cumpra metas superiores às do trabalhador interno, ao menos se seguida a linha da Resolução Administrativa 1.499/12 do TST, que em seu art. 4º estabelece que *“a meta de desempenho do servidor em regime de teletrabalho será, no mínimo, 15% (quinze por cento) superior à estipulada para os servidores que executarem as mesmas atividades nas dependências do TST.”* Pensa-se, contudo, que o acréscimo de produtividade não é certo, pois, depende da adaptação e do perfil do trabalhador. O teletrabalho, principalmente em tempo integral, não é para qualquer um, mas requer disciplina e adaptação.

Complexa é a tarefa de fiscalizar o ambiente de trabalho, no que tange à saúde e segurança do trabalhador quanto às possíveis doenças decorrentes do trabalho. O mesmo pode não ser verdade quanto à fiscalização dos horários de trabalho, pois, em regime de conexão bilateral, a telemática permite aferir em tempo real o número de toques no teclado, a produção e produtividade, a realização ou não do serviço, a emissão de relatórios e o oferecimento de instruções. Possibilita ainda a verificação da entrada e saída de dados, os horários de uso do sistema e dos programas e o último acesso ao teclado. Tais

aspectos serão relevantes para o julgador apreciar a possibilidade de existência de controle de jornada, e, por consequência os pedidos de horas extras e horas de sobreaviso.

Afinal, se o empregado permanecer de plantão, podendo ser chamado a qualquer tempo, pode ser caracterizada a hora de sobreaviso, nos termos da Súmula 428 do TST, de modo que a permanência constante em regime de sobreaviso não só gera o direito ao pagamento do adicional de que trata o art. 244, §2º da CLT²³ – aplicado de modo analógico – mas, tem o condão, se presentes os demais requisitos, de caracterizar o dano existencial.

Ora, é bem verdade que grande parte das vezes o empregado atuará com autodeterminação, porém, deverá respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, e o gozo do tempo de lazer deve ser efetivo, e não representar mero objetivo.

Para tanto, é necessária lealdade e boa-fé recíprocas, entregando o empregado o trabalho que lhe foi contratado, e tendo o empregador a ciência de que não deverá ir além do razoável a ponto de comprometer o direito ao lazer e descanso do empregado, devendo prevalecer um ambiente de maturidade social.

2.3. Dano existencial

O fato é que a ausência de gozo ou violação do direito de desconexão pode representar um dano existencial, entendido como tal um dano ao projeto de vida, às condições de vida com liberdade, à privacidade, à intimidade, lazer e descanso.

23 SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Conceitua-se como dano existencial, espécie de dano imaterial, que lesiona a vítima impossibilitando-a de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida, de modo parcial ou totalmente, e a dificuldade de retomar a sua vida de relação, comparando-se com a situação anterior.

Nos dizeres de Flaviana Rampazzo Soares, “*abrange todo conhecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente – temporária ou permanentemente – sobre sua existência*”²⁴

O dano existencial tem como elementos lesões de duas ordens: ao projeto de vida e à vida de relações.

No plano do **projeto de vida**, a pessoa tem liberdade de escolhas voltadas à autorrealização, configurando lesões a existência de alterações substanciais, injustas e arbitrárias no caminho escolhido pela pessoa, no curso da vida, a impedindo de obter suas aspirações e seguir suas vocações, provocando frustrações. Estas lesões podem ocorrer na dimensão familiar, afetiva, sexual, profissional, artística, desportiva, educacional, dentre outras.²⁵

Já no plano da **vida de relações**, as lesões são levadas a efeito em razão do prejuízo nos relacionamentos e experiências humanas, privando a pessoa do convívio de seus entes queridos ou amigos, impedindo e frustrando, com isso, o compartilhamento de pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos e comportamentos. Priva-se a pessoa da participação em atividades culturais, religiosas, esportivas, recreativas, e de outras ordens. As lesões, pois, se dão na dimensão da convivência familiar, profissional ou social.

24 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

25 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 48.

Nota-se, contudo, que os dois elementos se fundem, sendo indissociável o projeto de vida da vida de relações, afinal é preciso interagir para realizar o projeto de vida no âmbito da sociedade.

Nesse contexto, o dano existencial tem por características a abusiva privação da pessoa ao direito ao projeto de vida e à vida de relações, contra a livre vontade da pessoa, não se considerando a voluntária renúncia. Não se trata de mero sofrimento, mas usurpação da felicidade e/ou paz de espírito, de caráter não patrimonial.

2.3.1. Comparação com o Dano Moral

A natureza do dano existencial é a mesma do dano moral, ou seja, extrapatrimonial. Todavia, as semelhanças param por aí. Com efeito: a) enquanto o dano moral se dá no íntimo, no interior da pessoa, o dano existencial se verifica no exterior da pessoa, gerando danos exteriores ao trabalho; b) enquanto o dano moral representa um sentir da pessoa, o dano existencial é uma privação de fazer; c) o dano moral gera angústia ou sofrimento, já o dano existencial não necessariamente precisa produzir tais sentimentos, bastando que haja dano decorrente da renúncia involuntária ao projeto de vida e à vida de relações.

2.3.2. Dano existencial nas Relações de Emprego

No campo das relações de emprego, o dano existencial ocorre quando o trabalhador é privado de seu projeto de vida e sua vida de relações, sem que tal seja sua vontade, por não poder usufruir de tempo de descanso e lazer em razão do trabalho imposto pelo empregador, gerando dano efetivo. Tal se dá mediante a imposição de volume excessivo de trabalho ao empregado em cumprimento de jornadas extenuantes, se impossibilitado de ter uma vida social, familiar, afetiva, recreativa, educacional, privando-o de seus projetos de vida nas esferas pessoal, profissional e social.

Há um dano à existência do trabalhador, que nos dizeres de Jorge Cavalcanti Boucinhas,

“[...] decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo recomençar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.”²⁶

A título exemplificativo pode-se mencionar a lesão de monta ao lazer, a lesão substancial do direito ao descanso, a não observância do Direito de desconexão. Veja-se, contudo, que não se trata de qualquer violação das normas trabalhistas relativas à jornada, descanso e lazer, mas algo que efetivamente produza o dano ao projeto de vida e à vida de relações.

Nesse sentido, veja-se decisão que reconheceu o dano existencial sofrido por um trabalhador que durante mais de 9 anos cumpria jornada de 12h por dia de trabalho, chegando a 14h durante 3 dias na semana, mediante o gozo de 30min de intervalo intrajornada.

JORNADAS DE TRABALHO EXAUSTIVAS – DANO EXISTENCIAL – INDENIZAÇÃO – “A realização pelo empregado, por longos períodos, de jornadas de trabalho exaustivas acarreta limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho e viola direitos fundamentais, configurando o chamado dano existencial. Hipótese

26 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *O Dano Existencial e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO>. Acesso em: 29 abr. 2015.

em que restou reconhecida a unicidade do contrato de emprego mantido entre o reclamante e a primeira reclamada no período de 02.07.2001 a 19.12.2010, tendo sido também confirmada a decisão de primeiro grau que acolheu a jornada de trabalho apontada na petição inicial: de segunda-feira a sábado, inclusive em feriados, das 6h às 18h, e até as 20h em três dias da semana - Segunda, quarta e sexta-feira - , sempre com 30 minutos de intervalo. Sentença mantida no aspecto.” (TRT 04ª R. – RO 0000620-36.2011.5.04.0019 – 5ª T. – Relª Juíza Conv. Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi – DJe 13.12.2013)v105

Veja-se que a ementa acima retrata uma violação constante, prorrogada e de monta ao direito de lazer e descanso, de forma não consentida, caracterizando o dano existencial. O elemento voluntariedade é de suma importância, pois, se o empregado escolheu um projeto de vida de dedicação ao trabalho, gozando dos benefícios de satisfação profissional e financeiros daí advindos, não há de se reconhecer o dano existencial. Nessa linha de raciocínio, veja-se ementa do TRT da 4ª Região, analisando caso de executiva que livremente escolheu dispender horas incalculáveis de trabalho em troca de uma vida de conforto financeiro.

DANO EXISTENCIAL – ASCENSÃO PROFISSIONAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – “Indenização por danos existenciais. Caso em que resta inviável o deferimento de indenização por danos existenciais à reclamante, já que ela teve ascensão profissional na empresa em que laborava. Na análise do contexto de projeto de vida da autora, deve ser levada em consideração não só a redução do tempo destinado ao lazer e ao convívio social que a demandante teve, mas também a ascensão profissional pela qual ela passou. A realização profissional também

integra o projeto de vida de quem vive do trabalho. Ocorre que, em muitas vezes, a escolha por um projeto acaba relativizando a realização de outros. No caso, a reclamada não pode ser responsabilizada por esta relativização, já que a reclamante não foi obrigada, nem coagida a exercer função de confiança. Indenização por dano moral. Assédio moral. Caso em que o contexto da prova documental e testemunhal produzida evidencia que a reclamante foi vítima de agressão verbal praticada por superior hierárquico, em um contexto de cobrança excessiva por metas, conduta que afronta os arts. 1º, III e IV, 5º, III e X, e 170, todos da Constituição Federal.” (TRT 04ª R. – RO 0001137-87.2010.5.04.0015 – 7ª T. – Rel. Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira – DJe 19.07.2012).

A prestação de labor extraordinário dentro do máximo permitido pelo art. 59 da CLT, enseja o pagamento das horas extras e eventuais multas administrativas, não sendo motivo de per si, para a indenização por dano existencial. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE – JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA – DANO MORAL – REPARAÇÃO DEVIDA – “A limitação da duração do trabalho é medida de higiene e segurança do trabalhador, de modo que não é aceitável a estipulação de jornada contratual ordinária em número de horas equivalente ao que o legislador, no caput do art. 59 da CLT, pretendeu fixar como o teto máximo para situações extraordinárias. Não obstante, em que pese seja certo que a jornada de trabalho contratual do reclamante, por si só, representa a realização de horas extras com habitualidade, e que, além dessa jornada, houve o trabalho sem o correspondente registro, tem-se por não configurado propriamente um quadro de exigência de trabalho acima das forças do reclamante, não sendo demonstrado o fato gerador do dano, isto é, o efetivo abalo moral e psíquico por ele sofrido, a configurar o dano existencial, sob o viés

do chamado “dano de relação”, sendo indevida, portanto, a reparação respectiva. Apelo do autor não provido.” (TRT 04ª R. – RO 0000326- 83.2012.5.04.0007 – 2ª T. – Rel. Des. Alexandre Corrêa da Cruz – DJe 14.11.2013)v105.

2.3.3. Prova do dano

O dano existencial não se presume, estando sujeito à demonstração da existência do abalo concreto ao projeto de vida e à vida de relações, tal como a prova da impossibilidade de convívio com a família e com os amigos

A realização de horas extras, pois, acima do limite máximo permitido ou outras violações de direitos de lazer e descanso não representa, por si só o reconhecimento do dano. Necessária, pois, a prova do ato ilícito do empregador, do dano efetivo, e do nexo de causalidade.²⁷ Nesse sentido, veja-se a ementa que segue:

DANO EXISTENCIAL – LABOR EM HORAS EXTRAS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – “Indenização. Danos existenciais. Labor em horas extras. Não caracterização. O dano existencial é espécie de dano imaterial, que, como o próprio nome sugere, refere-se ao impacto gerado pelo ato ou omissão que provoca um vazio existencial no indivíduo pela perda do sentido da vida. Nessa espécie de dano, sua existência não se apresenta como dano in re ipsa, devendo haver comprovação do dano alegado. Ademais, o não cumprimento da legislação trabalhista decorrente da prestação de jornada extraordinária enseja tão somente o pagamento da verba, não repercutindo em ofensa à honra, à imagem ou à sua dignidade profissional asseguradas pelos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, capaz

²⁷ NASCIMENTO, Sonia Mascaro. Dano Existencial. Disponível em: <<http://www.soniamaascaro.com.br/index.php/sonia-mascaro/artigos/257-dano-existencial.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

de justificar a condenação do empregador ao pagamento da indenização por dano existencial. Recurso não provido.” (TRT 24ª R. – RO 575- 88.2012.5.24.0003 – Rel. Des. Ricardo G. M. Zandona – DJe 27.11.2012 – p. 22).

Conclusão

Por meio do presente artigo, em breve passagem pelos direitos fundamentais, foi possível perceber a origem da vinculação dos particulares ao respeito aos direitos fundamentais, em especial aos atrelados mais diretamente à dignidade da pessoa humana, dentre os quais destacam-se, neste estudo os direitos de lazer e descanso.

A sociedade da tecnologia, que “*não pode esperar*”, em que “*tudo é para ontem*”, criou uma dependência sem precedentes aos ambientes virtuais.

Soma-se o vantajoso cenário do teletrabalho, que, se não bem aproveitado pode gerar prejuízo e não benefícios ao trabalhador, que deve ter bem presente a distinção entre o privado e o profissional, não misturando família e trabalho, ou horas de labor com momentos de lazer, desconectando-se das atividades laborais, ao menos sob o ponto de vista formal.

Nesse contexto, há de se buscar espaço para o “*não fazer*”, permitindo ao empregado o gozo do lazer e descanso - direitos regulamentados tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional, e informadores do direito de desconexão. Afinal, a violação ao direito de desconexão representada pelo descumprimento ordinário das normas que regem jornada de trabalho, descanso e lazer, pode gerar dano existencial ao trabalhador, quando ocasionar lesão ao projeto de vida e à vida de relações do empregado.

Não se trata de meros descumprimentos de textos legais que já ensejam a devida reparação legal, mas aquelas que efetivamente causem dano ao trabalhador, de forma não consentida, tal como constante de

caso enfrentado em ementa transcrita no curso deste estudo, em que se reconheceu o dano ao projeto de vida e vida de relações na medida em que o empregado, durante quase 10 anos, cumpriu jornadas de 12h diárias, chegando a 14h durante três vezes por semana, mediante o gozo do intervalo intrajornada de 30min. Deve-se fazer presente, pois, o ato ilícito do empregador, o efetivo dano e o nexo de causalidade, a fim de se reconhecer a existência de dano existencial.

As sociedades empresárias e trabalhadores, devem, pois, de forma madura, buscar equilíbrio nas relações virtuais imediatistas, respeitando-se os direitos constitucionais ao lazer e descanso.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*/Almiro Eduardo de Almeida. Valdete Souto Severo, São Paulo: LTr, 2014.
- ALMEIDA, Renato Rua de, *Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 2010.
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*, São Paulo: LTr, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4. ed.*, Coimbra: Almedina, 2009.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *O Dano Existencial e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO>.
- BRAMANTE, Ivani Contini, *Teletrabalho: nova forma de trabalho flexível: aspectos contratuais*, dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2003.
- DABAS, Elina Nora, *Red de Redes – Las prácticas de la intervención em redes sociales*, Buenos Aires: Editora Paidós, 1998.
- DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais, 3. ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FOGLIA, Sandra Regina Pavani. *Lazer e Trabalho: Um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTR, 2013.
- GEDIEL, José Antônio Peres, *A Irrenunciabilidade a Direitos da Personalidade pelo Trabalhador*, Organização SARLET, Ingo Wolfgang, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

- JARDIM, Carla Carrara da Silva, *O teletrabalho e suas atuais modalidades*, São Paulo: LTr, 2004.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005.
- MAIOR, Jorge Luis Souto (coord.), et. al., *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*, Associação Juizes para a Democracia, São Paulo: LTr, 2007.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito à desconexão do trabalho*. Disponível no site: <<http://nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Do%20Direito%20%C3%A0%20Desconex%C3%A3o%20do%20Trabalho%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>.
- MARTINS, Sergio Pinto, *Teletrabalho*, in *Juris Síntese*, n83, junho/2010.
- MASI, Domenico de, *Ócio Criativo*, tradução Carlos Irineu W. da Costa, Pedro Jorgensen Junior e Léa Manzi, São Paulo: Sextante, 2000.
- NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Dano Existencial*. Disponível em: <<http://www.soniamascaro.com.br/index.php/sonia-mascaro/artigos/257-dano-existencial.html>>.
- NILLES, Jack M., *Fazendo do Teletrabalho uma realidade*, São Paulo: Editora Futura, 1997.
- _____, *Management Telework: Strategies for Managing the Virtual Workforce*, Nova York: John Wiley & Sons, 1998.
- OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiro de, *Uma Nova Maneira de Trabalhar – Teletrabalho: Conceito e Lei Aplicável*, in *Síntese Trabalhista*, n 171, setembro/2003.
- QUEIROZ JÚNIOR, Hermano, *Os direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e, *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*, São Paulo: LTr 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.