

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

Nº 43 – 2019

Sumário

Apresentação	3
MARLY A. CARDONE	
Seu emprego vai para um robô	9
PAULO FELDMANN	
A privacidade do trabalhador e as novas tecnologias de informação e comunicação.....	21
TERESA COELHO MOREIRA	
Aspectos jurídicos do meio ambiente do trabalho e a revolução 4.0	63
CLARISSA RIBEIRO SCHINESTSK	
Impactos da reforma trabalhista no direito individual do trabalho.....	77
SUZANA MARIA PALETTA GUEDES MORAES	
A reforma trabalhista no Supremo Tribunal Federal	99
OTAVIO PINTO E SILVA	

**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

Neste 2019 o **Instituto Cesarino Junior** completou 80 anos de existência.

Para comemorar, organizamos, com os associados Ministro professor PEDRO PAULO TEIXEIRAMANUS e professores advogados OTAVIO PINTO E SILVA e LIONEL MASCHIETTO, o *VIII Congresso Brasileiro de Direito Social*, realizado no dia 15 de maio, ao qual foi dado o título de RUMOS DO DIREITO DO TRABALHO.

O evento transcorreu num dos auditórios da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, local onde, no dia 17 de junho de 1939, havia sido instalada a associação na Sala João Mendes.

Das conferencias feitas, todas de elevado nível e sobre temas que hoje ocupam a mente e o coração dos jus-laboristas e continuarão a estar neles por muito tempo, conseguimos reproduzir algumas neste nosso periódico.

Além dos conferencistas que assinam os textos aqui estampados, tivemos também as lições do Ministro professor MAURICIO GODINHO DELGADO, do professor LENIO STRECK, da desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, sua Presidente, Dra. RILMA APARECIDA HEMETÉRIO, além de nosso associado, professor e advogado ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS.

A todos, mais uma vez, nossos agradecimentos por seu compromisso com a cultura jurídica.

Eis nossa alocução de abertura do evento.

“Estamos comemorando o aniversário de uma pessoa jurídica, o Instituto de Direito Social.

Quando se fala de uma pessoa jurídica é inescapável que falemos de pessoas físicas que deram vida a ela.

Estas pessoas são Ruy de Azevedo Sodré e Cesarino Junior, colegas de doutorado nesta casa, que se tornaram bons amigos. Ruy, de família abastada, Cesarino, descendente de negros, brancos e índio, portanto, pobre.

Na ocasião, 1939, Cesarino já professor desta escola desde 1938 ,aliás, o primeiro professor concursado do Brasil da matéria, que se chamava legislação social .

Claro que houve uma pleiade de apoiadores, um deles o jesuíta Padre Sabóia de Medeiros, com quem já tinham um relacionamento.

Todos acompanhavam a preocupação da igreja com a questão social, que era a oposição entre ricos e pobres, ou seja, dos que detinham os meios de produção e, os outros, apenas sua força de trabalho.

A igreja católica, desde o século anterior, examinava o avanço do socialismo.

Inglaterra, França, Alemanha e, mais tarde, a Itália, haviam tido, na segunda metade do século XIX, intensos movimentos do operariado, em duas direções: 1. para conseguir melhoria nas condições de trabalho pelas vias institucionais e 2. para derrubar o capitalismo industrial, corrente esta robustecida pelos escritos e atuação de Marx e Engels.

O papa Leão XIII, que assumira o papado em 1878, não deixava de acompanhar todos os acontecimentos políticos e sociais.

*Palavras da Encíclica Rerum Novarum, editada em 1891, cujo autor **Leão XIII** diz: ‘É difícil, efetivamente, precisar com exatidão os direitos e os deveres que devem, ao mesmo tempo, reger a riqueza e o proletariado,*

o capital e o trabalho.- em todo caso, estamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida”.

*Estavamos já no decenio final do século da **I Revolução Industrial.***

A dignidade do ser humano, tão ressaltada neste século XXI, já era um dos focos da Encíclica, para justificar a intervenção do Estado nas relações de trabalho, como se verifica no seu item 12.

Cesarino Jjunior e Ruy de Azevedo Sodré, apoiados por Carvalho Borges e o Padre Saboia de Medeiros, decidiram criar uma entidade que divulgasse a legislação social no Brasil, iniciada na década de 1930, e fizesse estudos que ajudassem no seu aprimoramento.

A Rerum Novarum lhes servia de inspiração e, no dia 17 de junho de 1939, foi solenemente instalado o Instituto de Direito social na sala João Mendes, desta faculdade, estando seus estatutos devidamente registrados no 2º cartório de documentos.

Nesta ocasião, o prof.Cesarino Jr, na condição de presidente da novel instituição, proferiu longa e importante conferência que denominou ‘Introdução ao direito social’.

Dela, destacamos o seguinte:

‘Não há negar que estamos em face de profundos contrastes, de antinomias profundas.

Terão razão Kilpatrik ao falar de uma ‘civilização em mudança’? Ou Berdiaeff ao referir-se a ‘nova idade média’? Seria diícil precisar o rumo que segue atualmente a humanidade. Aliás, a curva da história ainda não se sabe bem qual seja.

Os ‘corsi ricorsi’ de ‘Vico? A espiral de Herder? A hélice de Greef? Para mim, na realidade, no evolver humano,

só vejo ação e reação, quase que uma lei pendular; por isso que, em matéria social, a lei de Newton estaria errada: a toda ação corresponde uma reação, mas ‘desigual’ e de sentido contrário.

Contemplai a história. Que nos mostra ela ? A luta entre o materialismo e o espiritualismo, entre o dogmatismo e o ceticismo, entre o racionalismo e o empirismo e, na ordem social, entre o individualismo e o socialismo. À períodos de absorção do indivíduo pelo Estado seguem-se épocas de negação do Estado pelo indivíduo. Poderão estar certas essas correntes extremadas ? Evidentemente não, pois excedem a posição de equilíbrio’.

Ruy de Azevedo Sodré, declarado ‘secretário perpétuo’ da associação, como diretor operacional, organizou para abril de 1940, palestras radiofônicas sobre temas de direito social, a fim de popularizar este ramo jurídico, afinal o povo era o seu principal destinatário

Pioneiramente, em 1941, sob a presidência do prof. Cesarino foi realizado I Congresso Brasileiro de Direito Social, que teve seus trabalhos publicados na revista na nova associação, denominada ‘ARQUIVOS DO IDS’.

Segundo Arnaldo Sussekind, em artigo da revista LTR, as conclusões deste congresso serviram de fonte material para a elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho, que, como sabido, é de 1943.

*Em 1950 o **IDS** criou a Sociedade Internacional de Direito Social – SIDS que, em 1958, em Bruxelas, foi fundada com a ‘Société Internationale de Droit du travail et de la Sécurité Sociale- SIDTSS’, que os juristas europeus fundaram, ficando o **IDS** como a sua seção brasileira. Esta condição lhe foi retirada em 2014, após um conluio de professor desta casa, nosso ex-aluno, com um presidente da SIDTSS argentino, num trabalho feito à socapa. A representação da SIDTSS foi transferida para outra associação, de que era presidente o tal professor.*

*Em 1954 o **IDS** organizou o **I Congresso Internacional de Direito Social**, o primeiro no mundo eis que, em 1951, em Trieste, havia sido realizado o primeiro de direito do trabalho, não direito social.*

*Até a criação da Faculdade Católica de Direito foi ideia do **IDS**, por sua relação com o mundo eclesiástico.*

*Em parceria **IDS/SESI** foram ministrados cursos de educadores sociais e de técnicos em direito social, com a preocupação de formar mão de obra preparada para lidar com os aspectos cotidianos do novo direito .*

*Assim, ao lado de sua atuação acadêmica, também a realização prática dos fins do **IDS**.*

Em 1972, já um pouco recolhido em sua atuação, sem sede própria, vagando por diversos lugares por empréstimo (a OAB/SP foi um deles) Sodré pede sua ‘aposentadoria’ do cargo de secretário-perpétuo e diz a Cesarino que dois associados tinham uma proposta a apresentar para o futuro da associação.

*A proposta era transformar o **IDS** num escola de direito social, para dar lucro aos dois senhores (um deles começando sua carreira dentro desta casa e já juiz trabalhista !). Sodré consultou Cesarino, que fora da diretoria há anos e, no momento, era presidente honorário, que repudiou a ideia dizendo:*

Não foi para isso que criamos o Instituto !

*Cesarino foi eleito novamente presidente do **IDS**, a pessoa que lhes fala passou a fazer parte da diretoria, e re-
começamos nossa atividade com cursos, seminários, congressos, sempre procurando avançar no estudo de temas pouco explorados.*

Retomamos também a publicação da revista ‘ARQUIVOS’.

Em 1987 acrescentamos o adjetivo ‘brasileiro’ ao nome da associação, já que temos associados em todo o país.

Em 1993, após o falecimento do seu fundador, que foi sua ‘anima e cuore’ – senão ele teria desaparecido em

1972 – aprovou-se a colocação de seu nome na designação da instituição, que passou a ser conhecida como é hoje: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JUNIOR, abreviadamente, INSTITUTO CESARINO JUNIOR.

Temos projetos ambiciosos, para nos diferenciarmos da quase dezena de associações e academias que nos últimos anos têm sido criadas na área do Direito Social ou do Trabalho, numa fragmentação que enfraquece todas elas. Só o desejo de alguns de ostentarem o título de ‘presidente’ de alguma entidade e a necessidade de ‘chama-la de sua’, explica a fragmentação.

Nosso futuro será mais frutífero do que foi nosso passado, nos aguardem !

MARLY A. CARDONE
Presidente

SEU EMPREGO VAI PARA UM ROBÔ*

*Paulo Feldmann***

Apresentação feita em 15 de Maio de 2019 para ser publicado na Revista ARQUIVOS do IBDSJC/2019.

Em breve um robô vai lhe entregar a pizza de domingo. Talvez seu condomínio não exija que você desça até a portaria para apanhá-la, pois não vão suspeitar que possa ser um assalto. Na Alemanha, esse serviço já está funcionando --e a pizzaria é uma rede que atua no Brasil.

Mas isso é pouco: logo essa pizza será resultado de um processo totalmente automatizado. Se você acha que esse cenário pertence à ficção ou que vai demorar anos até se tornar realidade, pesquise sobre a americana Zume Pizza. Situada no Vale do Silício, a casa entrega comida feita por robôs. E o pior é que os consumidores da Califórnia têm adorado a novidade.

Pior por quê? Porque é enorme a quantidade de empregos que serão eliminados. Alguns poderão afirmar que esses postos de trabalho demandam baixa qualificação e que o importante é aumentar a produtividade da economia – no caso, a das pizzarias.

* Este artigo foi publicado originalmente no caderno Ilustríssima do Jornal Folha de São Paulo de 29/7/2018.

** Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Professor da Faculdade de Economia e Administração da USP, professor visitante da Pécs University (Hungria) e autor do livro “Robô: Ruim com ele, pior sem ele”.

O argumento perde metade de sua força quando se sabe que, na mesma Califórnia da pizza robotizada, as pessoas que se envolvem em problemas de trânsito não precisam mais recorrer a advogados: um dos maiores fabricantes de computadores criou um robô, baseado em inteligência artificial, capaz de elaborar petições para quem quiser recorrer de uma multa, por exemplo. O interessado não precisa dar um único telefonema, nem para o despachante, nem para o defensor.

Exemplos como esses se reproduzem em todos os setores da economia mundial. Eles ilustram bem um processo novo e muito importante que está em curso: as empresas estão se automatizando cada vez mais, com softwares poderosos e inteligência artificial, de tal forma que conseguem se expandir empregando número muito menor de trabalhadores.

É o que os americanos chamam de “jobless growth”, crescimento sem empregos. Há muitos anos se previa que isso poderia acontecer – e agora a previsão virou realidade. Diante desse cenário, como a humanidade vai reagir?

Rebeliões contra a mecanização ou a automação dos processos produtivos não são inéditas. Quando o arado passou a ser utilizado na agricultura e muitos trabalhadores perderam seus empregos, foi grande a oposição ao novo instrumento. Na Inglaterra do século 19, os ludistas destruíam os teares em sua revolta contra a substituição da mão de obra humana pelas máquinas. Nos Estados Unidos do século 20, Henri Ford foi considerado um grande inimigo dos manobristas de charretes.

A tecnologia, contudo, sempre venceu. Por um lado, porque aumentava a produtividade da economia como um todo;

por outro, e não se pode ignorar este fator, porque afetava apenas empregos de baixa qualificação.

Aí está a diferença desta vez: agora os empregos de alta qualificação também são afetados – e muito. O mesmo robô que faz as vezes de advogado consegue ler mil tomografias por hora; os médicos que avaliaram seus diagnósticos e resultados concluíram que eles estavam certos em 99% das ocasiões. Ou seja, uma das profissões mais valorizadas e intelectualizadas hoje em dia está sob ameaça. Em suma a classe média está saindo do paraíso.

Wolfgang Streeck entra fundo nesse tema em seu livro “How will capitalism end?” (como o capitalismo vai terminar?), editado pela Verso e lançado em 2016. Para o autor, a inteligência artificial e a robotização vão fazer com a classe média o que a mecanização fez com a classe trabalhadora nos séculos 19 e 20. Ele afirma que os únicos beneficiados serão os donos dos robôs.

Se foi chamado de mecanização o processo de substituição da mão de obra menos qualificada por máquinas, que se desenrolou no final do século 19 e durante praticamente todo o século 20, Streeck cunhou o termo “eletronização” para denominar essa nova fase, na qual computadores e robôs passam a ser dotados de competência para criar e desenvolver tarefas cognitivas simplificadas, além de tomar algumas decisões. No século 21, a eletronização deve afetar a maior parte das atividades profissionais.

A maior parte, mas não todas. Ao que tudo indica, algumas profissões nos extremos estão a salvo. Estudos na área de economia do trabalho mostram que pessoas em funções no

topo da pirâmide, que normalmente demandam criatividade e capacidade de solucionar problemas, não têm o que temer. As máquinas ainda não conseguem desempenhar tais tarefas com a mesma eficácia. Estão nessa categoria certos ramos da engenharia e das ciências, por exemplo.

Algo semelhante se passa na outra ponta. Trabalhadores manuais sem qualificação nenhuma, como faxineiros ou pedreiros, tampouco serão afetados --não por que a tecnologia não os tenha alcançado, mas por não valer a pena economicamente.

Entre esses extremos, as funções mais sujeitas a serem eliminadas pela automação são aquelas que exigem repetição. Importa pouco que seja uma atividade fabril ou de serviços, que envolva operários ou profissionais liberais. A questão é: quanto mais rotineira for uma profissão, maior a chance de ela desaparecer --mesmo que demande algum brilho cognitivo.

Um dos livros mais importantes sobre o tema é “Rise of The Robots: Technology and Threat of a Jobless Future” (ascensão dos robôs: tecnologia e a ameaça de um futuro sem emprego), de 2015. Seu autor, Martin Ford, também sustenta que há uma grande diferença entre o que aconteceu no passado e o que vai acontecer agora.

Antigamente, diz Ford, quando um setor se modernizava e com isso eliminava empregos, restava ao trabalhador mudar para outra atividade econômica. Hoje, contudo, esse caminho já não é uma opção sempre válida, pois inúmeros setores estão se modernizando ao mesmo tempo. Ou seja, trata-se agora de fugir das atividades rotineiras e repetitivas e procurar abrigo naquelas que exijam habilidades (ainda) não dominadas pelos robôs.

Questões tributárias e regulatórias talvez retardem a utilização desses equipamentos no Brasil, mas nem por isso os brasileiros deveriam estar menos preocupados. Na medida em que o avanço tecnológico e os ganhos de escala tornarem a produção de robôs mais barata, multinacionais estrangeiras tenderão a repensar suas estratégias. Se hoje companhias dos países mais desenvolvidos instalam-se em nações menos avançadas a fim de aproveitar a mão de obra barata, talvez em breve elas considerem mais vantajoso manter uma fábrica quase 100% automatizada em território americano ou europeu.

A nova tendência corporativa, que já vem sendo adotada por muitas multinacionais (principalmente americanas, mas não por causa dos pedidos de Donald Trump), beneficia-se também de outro equipamento revolucionário: as chamadas impressoras 3D, ou impressoras aditivas. Com elas, tornou-se possível fabricar peças e componentes nos próprios locais onde eles são necessários.

Ou seja, um dos princípios básicos da globalização —o uso de cadeias de valores espalhadas pelo mundo— pode estar em xeque. Montadores de automóveis, por exemplo, hoje recorrem à dispersão geográfica da produção, fabricando cada parte ou peça dos veículos na região ou país que ofereça as maiores vantagens competitivas. Isso deixará de existir. A partir de agora, graças às impressoras 3D, esses componentes poderão ser feitos onde se situa a matriz da empresa.

Não surpreende, assim, que toda essa parafernália tecnológica venha sendo chamada por muitos de indústria 4.0, ou que a renovação que ela possibilita seja classificada como a quarta Revolução Industrial. Robôs, inteligência artificial e impresso-

ras 3D são apenas uma parte desse fenômeno, que inclui ainda a internet das coisas (IoT), a computação na nuvem, a nanotecnologia etc. Todos esses avanços destinam-se a aumentar a produtividade das fábricas; nenhum leva em conta a possibilidade de preservar empregos.

Economistas têm procurado calcular o tamanho do impacto dessa revolução em curso. Larry Summers, ex-secretário do Tesouro dos Estados Unidos e ex-presidente da Universidade Harvard, chama a atenção para uma grande diferença entre a automatização de agora e aquela promovida nos anos 1960 e 1970 (ele fez uma síntese interessante num painel de 2015, “The future of work”, o futuro do trabalho).

Nessas décadas, a intensa modernização da maioria dos setores afetou 5% dos empregos. Desta vez, segundo cálculos de Summers, as novas tecnologias sacrificarão algo entre 15% e 20% dos postos de trabalho.

São estimavas modestas se comparadas com as dos economistas Michael Osborne e Carl Frey, ambos da Universidade Oxford, no Reino Unido. Em um célebre estudo de 2013, eles afirmaram que, até 2030, cerca de 45% dos empregos americanos poderão ser eliminados (“The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?”, o futuro do emprego: quão suscetível à informatização estão os empregos?).

Uma das variáveis dessa equação é o espantoso barateamento dos preços de robôs, softwares de inteligência artificial e outros equipamentos de alta tecnologia. Há dez anos, muitos desses dispositivos eram impensáveis para companhias médias ou mesmo grandes; hoje, até pequenas empresas conseguem comprá-los.

Outra variável é a frustração das expectativas quanto à substituição dos empregos. Imaginava-se que a sociedade pós-industrial seria capaz de gerar ocupações em novos setores, sobretudo ligados à área de serviços, para absorver os trabalhadores deslocados da indústria. Essa perspectiva foi descartada; os equipamentos de ponta são mais utilizados justamente no setor de serviços, onde mais se estão eliminando funções.

Ao mesmo tempo, as ocupações criadas como decorrência dessas tecnologias são em quantidade diminuta. Estudo de 2017 feito no Canadá mostra que, na hipótese mais otimista, os novos empregos não chegam a 4% do total de postos de trabalho existentes naquele país (“The impact of automation on Canada’s Labour Market”, o impacto da automação no mercado de trabalho do Canadá, de Matthias Oschinski e Rosalie Wyonch).

Sem contar o fato de que é praticamente impossível prever hoje quais empregos vão surgir nos próximos 40 anos e de que tipo serão. Para exemplificar este fato, Joel Mokyr, um renomado professor de história da economia na Universidade Northwestern (EUA), afirmou em entrevista à revista *The Economist* que há 40 anos era completamente impossível que alguém tivesse previsto que profissões como projetista de vídeo game ou especialista em cybersegurança seriam profissões importantes de nosso tempo.

Mas uma coisa é certa: é muito pequena a probabilidade de que surjam novas atividades e profissões nas quais a presença de seres humanos seja imprescindível. Robôs e equipamentos de automação mostram-se cada vez mais sofisticados, aptos a desempenhar um número crescente de funções. Ou seja, não se deve apostar que a criação de postos de trabalho

não previstos poderá resolver o problema do desemprego – um problema enorme.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), existem 194 milhões de pessoas desempregadas no mundo, quase um Brasil inteiro. O que poderá acontecer com essas taxas nos próximos anos?

Dado que a tendência implicada pela automação é certa e irreversível, a geração de empregos vai cair – não se sabe para qual patamar, mas sem dúvida será uma situação dramática. Portanto, a sociedade precisa agir.

A situação embute um paradoxo. Por um lado, a solução deveria passar pelo envolvimento das grandes empresas, principalmente as que mais estão se beneficiando com o uso das novas tecnologias. Assim como questões de ética concorrencial e proteção do meio ambiente, a preservação de postos de trabalho precisa entrar na pauta da responsabilidade social corporativa. Além disso, se, por hipótese, todas as companhias dispensarem seus empregados ou a maior parte deles, não haverá mercado consumidor.

Por outro, essas companhias não podem abrir mão da automação; ganhar produtividade é crucial para quem quer se manter vivo num mercado competitivo. Como consequência, investem em robôs, inteligência artificial, drones etc., contribuindo para o desemprego.

Uma das maiores dificuldades está na própria teoria econômica, que ainda não avançou o suficiente para perceber que nem sempre o mercado resolve tudo: se deixarmos para o mercado, vamos assistir ao crescimento cada vez maior das empresas gigantes, o que significará menos emprego e menos consu-

midores. Por que as empresas gigantes? Porque a competição está acirradíssima e só vence quem tem a capacidade de fazer os investimentos nos novos robôs que surgem cada vez mais poderosos. Com isso, as já muito grandes se tornam ainda mais produtivas e acabam adquirindo ou eliminando os concorrentes menores, num processo de oligopolização em curso nos mais diversos setores, mas sobretudo onde há mais demanda por tecnologia de ponta.

O problema vem sendo pensado e discutido à exaustão em alguns países, com destaque para Alemanha, França e Itália. A recomendação mais importante é a de que haja uma redução na jornada de trabalho. Na França e na Itália, a jornada semanal já é de 34 horas, contra 40 aqui no Brasil.

Embora a medida tenha sido bem-sucedida no início, ainda nas décadas de 1980 e 1990, após alguns anos se percebe que ela só será efetiva se um dia passar a ser adotada por todos países. É que, com as facilidades da globalização –e ainda mais com as novas possibilidades oferecidas pelas tecnologias de ponta –, as empresas que querem aumentar sua produtividade simplesmente evitam lugares onde a jornada de trabalhado tenha sido reduzida.

De qualquer forma, a própria OIT prioriza essa iniciativa, e a frase “trabalhar menos para que todos trabalhem” virou um lema muito utilizado na Europa.

Outra medida bastante polêmica vem sendo alardeada por sindicatos britânicos: eles defendem uma atuação conjunta de governos, empresários e organizações de trabalhadores para estabelecer um imposto sobre ganhos de produtividade decorrentes do uso de robôs ou outras tecnologias de automação.

A alíquota do tributo seria diferenciada por segmentos da economia. Assim, sobre o setor bancário, por exemplo, incidiria uma taxa maior do que sobre a construção civil, pois neste último os impactos da automação são menores. Esses impostos, além disso, teriam destinação específica, qual seja, a criação de empregos públicos nas áreas de educação e saúde.

Como sempre, os países mais avançados nessa discussão são os escandinavos. Por lá, predomina a ideia de introduzir um programa de renda mínima nacional. Ou seja, todo cidadão receberia um valor mensal que lhe garantiria a subsistência, independentemente de ele estar ou não trabalhando. O pressuposto por trás desse tipo de ação é que o desemprego vai crescer de forma assustadora nos próximos anos e toda a sociedade precisa estar protegida.

Nesse debate, há ainda a considerar as questões filosóficas suscitadas pelas novas tecnologias. Computadores e robôs sabem ler textos e fazer cálculos há bastante tempo, mas só recentemente passaram a enxergar, ouvir e falar. Devido ao avanço da inteligência artificial, também passaram a ter... inteligência. A humanidade deveria se preocupar com esse fato, na linha do que sugerem filmes como “O Extremador do Futuro” ou “Matrix”?

Existem diversos grupos de cientistas, futurólogos e filósofos que especulam cenários apocalípticos. Vernor Vinge é um deles. Respeitado professor de matemática e computação da Universidade de San Diego na Califórnia, escreveu livros de ficção sobre a era em que os computadores e robôs serão equivalentes aos seres humanos –como “The Children of The Sky” (as crianças do céu) e “Rainbows End” (o fim do arco-í-

ris). Para ele, isso deve começar a acontecer em menos de 15 anos e será a maior mudança no planeta após o surgimento da vida humana.

O recém-falecido cientista Stephen Hawking era um dos estudiosos da inteligência artificial que mais se preocupavam com as consequências negativas desse avanço tecnológico. Ele chegou a antever o fim da raça humana como decorrência do poder incontrolável que as máquinas passarão a deter.

A mesma posição vem sendo manifestada pelo visionário Elon Musk, fundador da Tesla (uma das maiores fabricantes de carros elétricos do mundo) e da SpceX, empresa que pretende pôr um homem em Marte nos próximos dez anos. Musk defende a criação de uma espécie de órgão regulador com a função de prevenir situações futuras em que equipamentos dotados de inteligência artificial poderiam ameaçar a sobrevivência de humanos.

Quanto a isso, assim como em relação à ameaça do crescimento sem empregos, a situação também termina em paradoxo. Uma empresa ou um país que resolver frear o desenvolvimento tecnológico para evitar uma possível catástrofe –tanto quanto para evitar a extinção de postos de trabalho—acabará perdendo competitividade nacional e internacional.

Como consequência, essa empresa ou esse país se verá às voltas com o desemprego (fruto da diminuição da fatia de mercado decorrente da menor competitividade) e não terá interrompido a escalada tecnológica de outras empresas ou outros países.

Apesar de todos estes aspectos assustadores, o que há de pior para um país é não discutir o assunto. E é justamente isso o que acontece no Brasil.

A PRIVACIDADE DO TRABALHADOR E AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

*Teresa Coelho Moreira**

1. Introdução

1.1. Nos últimos anos, o impacto das NTIC na sociedade tem sido notável e incidiu, com uma velocidade vertiginosa, e com efeitos sinérgicos incalculáveis, não só no modo de viver, de pensar e de agir de todas as pessoas, como também no mundo do trabalho, transformando em profundidade a estrutura empresarial, revolucionando todo o processo de produção, a programação e a organização da atividade do trabalho, assim como a própria profissionalidade e as condições de vida materiais e morais dos trabalhadores e, conseqüentemente, a própria configuração da relação de trabalho. E a centralidade da informação e da comunicação constitui uma das características fundamentais da sociedade atual, sendo nesta sociedade informacional que a empresa dos nossos dias necessariamente se coloca e movimenta.

* Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governança e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. tmoreira@direito.uminho.pt

Simultaneamente, moldam-se e modelam-se novas sociedades que colocam múltiplas e diferenciadas questões ao Direito do trabalho, principalmente porque o homem passa a ser instrumentalizado, considerado como uma verdadeira fonte de informação pessoal, com a secundarização dos valores humanos e com a prevalência do dito pensamento único, economicista.

De facto, com as NTIC surgem vários instrumentos informáticos capazes de ameaçar a privacidade das pessoas, em geral, e dos trabalhadores, em especial. Esta situação levanta um verdadeiro e quase insolúvel desafio à privacidade já que através destas inovações tecnológicas é possível efetuar, quase de forma ilimitada, a recolha e o tratamento de informações pessoais, associadas a uma enorme rapidez de acesso através dos computadores, a que acresce a circulação informacional em moldes quase inimagináveis.

É, assim, possível tratar, armazenar, regular e controlar grande número de informação sobre as pessoas, o que provoca um enorme controlo sobre elas e sobre a sua privacidade.

No entanto, também não pode deixar de atender-se a que a tecnologia é em si mesma neutra, o mesmo não se podendo dizer do homem que a utiliza, cujo *leitmotiv* é o controlo das pessoas. Na verdade, conforme a história tem vindo a demonstrar ao longo do tempo, tão curto e tão longo, as inovações tecnológicas só dependem da utilização que lhes é dada pelo homem.

E a questão que, desde logo, se coloca é a de saber se o tratamento de dados pessoais associado à enorme facilidade da sua recolha, tratamento e circulação através das inovações tecnológicas se poderá circunscrever aos parâmetros tradicionais ou se será necessária uma regulamentação nova, num mundo *novo*

que atenda às características extremamente intrusivas das NTIC, não deixando de ter em consideração que a informação, mesmo a mais pessoal, circula de forma muito rápida, em muito maior quantidade e através de muitos mais sujeitos do que em qualquer outra época, aumentando o perigo da sua descontextualização.

1.2. O Direito do trabalho é um dos sectores do ordenamento jurídico que, pela sua própria natureza, é mais exposto à influência das mudanças tecnológicas. Os sistemas produtivos têm-se caracterizado pela sua contínua modernização e melhoria das técnicas utilizadas de tal forma que o emprego do termo novas tecnologias poderia entender-se como uma característica permanente deste ramo do Direito, perfeitamente aplicável a cada uma das suas fases ou etapas cronológicas ou, até mesmo, uma redundância. Desde que ADAM SMITH consolidou a ideia da organização do trabalho, socorrendo-se do exemplo da fábrica de alfinetes¹, a história da industrialização está estreitamente ligada às transformações e mudanças nos métodos de organização do trabalho².

Assim, após uma revolução agrícola, uma revolução industrial e uma revolução informática onde o papel cimeiro é

-
1. Neste exemplo ADAM SMITH escolhe o famoso caso da fabricação de alfinetes para descrever a passagem do artesanato até à fábrica constatando que se um trabalhador isolado conseguia, anteriormente, produzir cerca de 20 alfinetes por dia, a separação de tarefas e a colaboração entre os trabalhadores permite produzir 48 mil alfinetes, isto é, 2400 vezes mais.
 2. Iniciava-se, desta forma, a “grande aventura”, desde a visão como uma promessa da divisão do trabalho até uma progressiva incorporação da força de trabalho numa máquina, primeiro como energia motora, para depois ser energia operadora e, por fim, com uma função de controlo. *Vide* CARINCI, “Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro: il rapporto individuale”, in *GDLRI*, n.º 25, 1986, p. 203.

ocupado pelo computador, hoje estamos perante uma verdadeira revolução digital, associada à internet, ao *cloud computing* e a novas formas de prestar trabalho. Com esta surge também o denominado trabalho digital na economia colaborativa, em plataformas digitais, e um novo tipo de trabalhador o que origina um novo tipo de subordinação reforçada por “um espaço sem distâncias e um tempo sem demoras”³.

Estamos perante uma mudança que não é somente estrutural mas, também, e principalmente, funcional, no sentido de que mudou profundamente a maneira de efetuar a prestação laboral. Esta situação implica uma mudança capital e um redimensionamento do Direito do trabalho, já não tanto em sentido material de alteração da sua extensão ou volume, mas um processo de revisão do seu âmbito ou extensão, da sua intensidade e do nível que se deve adotar na sua regulamentação, podendo falar-se de uma *nova dimensão da sua disciplina*.

E, atualmente, a Inteligência Artificial⁴ veio para ficar e incide sobre inúmeros aspetos da vida das pessoas em geral e dos traba-

3. JEAN-EMMANUEL RAY, « Qualité de vie et travail de demain », in *Droit Social*, n.º2, 2015, p. 148.

4. Há que referir que não existe um conceito unívoco de Inteligência Artificial, principalmente porque tem de relacionar-se com outro conceito que também é difícil de definir e que é o de inteligência humana e que a mesma coloca várias questões que ultrapassam, largamente, o âmbito deste nosso artigo mas, apenas para referir algumas, desde logo a questão da proteção e propriedade dos dados que constituem a base de trabalho para a Inteligência Artificial; ou questões relativas à responsabilidade por exemplo no caso dos carros autónomos; ou o direito à privacidade porque todos vamos deixando uma série de *pistas digitais* que permitem a comparação à entrada de determinados locais de uma cópia digitalizada e a imagem da pessoa em causa e, em especial no caso das relações de trabalho, o trabalhador encontra-se, por esta via, amplamente *radiografado* e informações colocadas *online* podem perdurar no ciberespaço por muito tempo, correndo o risco de ficarem completamente desatualizadas e com a inerente descontextualização dos dados.

lhadores em especial desde o momento de formação do contrato de trabalho, passando pela execução do mesmo⁵ e terminando na sua cessação. A própria União Europeia num Documento de 8 de abril deste ano sobre *Ethic Guidelines for Trustworthy AI*, estabeleceu que deveria defender-se sempre o respeito pela autonomia humana, pela transparência, pela privacidade e pela proteção de dados pessoais das pessoas, assegurando a defesa da igualdade e a proibição da discriminação, defendendo sempre a pessoa humana nas suas várias vertentes.

Muito recentemente também, o Projeto de Lei N.º 1217/XIII, que aprova a Carta dos Direitos Fundamentais na Era Digital⁶, apresentado no dia 15 de maio deste ano, aborda a questão da inteligência artificial, desde logo no art. 7.º, assim como o direito à privacidade digital e alguns direitos específicos relativamente aos trabalhadores nos artigos 15.º a 18.º, alguns que podem considerar-se novos, e outros que são uma especificação do Código do Trabalho de Portugal.

1.3. Por outro lado, a utilização cada vez maior de novas tecnologias de informação e comunicação nos últimos anos tem aumentado exponencialmente refletindo-se no mundo do trabalho e levantando várias questões. Existe, atualmente, uma enorme quantidade de dispositivos eletrónicos, desde, *inter alia*, a videovigilância, que engloba agora todos os sensores num contexto da Internet das Coisas, a audiovigilância, a ge-

5. Através de, *inter alia*, um novo tipo de formação ao longo da vida, de um novo controlo, o controlo eletrónico/digital, um novo tempo de trabalho, ou de um novo tipo de Direito Coletivo.

6. Projeto que ainda vai ser discutido.

olocalização, o controlo das comunicações eletrónicas, o controlo através das redes sociais, das mensagens instantâneas, dos dados biométricos, do reconhecimento facial, da crescente utilização da *Inteligência Artificial*, que permitem monitorizar, virtualmente, todos os aspetos da vida profissional, assim como a vida extraprofissional, e mesmo, por vezes, a vida íntima dos trabalhadores, muitas vezes através do cruzamento deste tipo de informação, bastando imaginar um sistema de videovigilância que utilize, simultaneamente, um sistema de reconhecimento facial para analisar o padrão de comportamento dos trabalhadores e punir disciplinarmente quem se desvie do padrão estabelecido⁷. É possível, assim, tratar, armazenar, regular e controlar grande número de informação sobre as pessoas, o que permite um elevado controlo sobre elas podendo implicar que o trabalhador deixe de realizar certas atividades, já que aspetos pessoais extremamente íntimos podem ser revelados, incluindo opiniões políticas, saúde mental e física e, mesmo, a vida sentimental.

Estas inovações tecnológicas assumem características de controlo praticamente ilimitadas, podendo originar verdadeiras discriminações e elaborações de autênticas *castas laborais* a fazer recordar os *Alfas* e os *Betas* de ALDOUS HUXLEY, passando rapidamente de uma *Sociedade Digital* para uma, bem mais preocupante, *Sociedade da Vigilância e de Controlo Total*, na medida em que atualmente estas tecnologias podem ser instaladas de uma forma muito menos custosa do que há uns anos atrás, mas com uma capacidade de controlo exponencialmente superior, podendo até dizer-se que o custo das mesmas é inversa-

7. Veja-se o exemplo dado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.º em *Opinion 2/2017 on Data Processing at Work*, de 8 de junho de 2017, p. 19.

mente proporcional à sua capacidade de controlo. Surgem novas formas de controlo relacionadas nomeadamente com a utilização de serviços *online* ou de dados de localização a partir de dispositivos inteligentes que, apesar de serem muito menos visíveis para os trabalhadores quando comparados com os meios tradicionais de controlo, não deixam de ter uma enorme capacidade de controlo. E esta aparente *invisibilidade* técnica do controlo realizado pelo empregador levanta questões relacionadas com a extensão do conhecimento real que os trabalhadores têm da mesma⁸.

Há, na verdade, inúmeros desafios para a privacidade dos trabalhadores na vertente de dados pessoais na era da *Big Data*, pois a possibilidade de utilização indevida e abusiva dos mesmos é muito superior na era digital. Neste sentido, a proteção dos dados pessoais, sobretudo no campo da internacionalização deve ser aprimorada e alterada. Contudo, isto não significa que não se deva ter em atenção as inúmeras vantagens da era da *Big Data*, parecendo-nos que a tensão entre proteção de dados e interesses económicos pode ser parcialmente resolvida com uma maior e melhor proteção daqueles, tornando-se a mesma até uma vantagem competitiva⁹.

1.4. Uma das primeiras questões que se coloca ao Direito do trabalho atualmente é a uma espécie de *nudez tecnológica* que está presente com um controlo cada vez mais intrusivo feito por máquinas e um novo tipo de prova denominada de prova digital ou prova virtual, já que o essencial do controlo é invisível ao olho humano e toda uma vida profissional e pessoal está

8. Neste sentido cf. Grupo de Trabalho do Artigo 29.º em *Opinion...*, cit., p. 4.

9. Neste sentido *White Paper Work 4.0*, Alemanha, 2016, p. 35.

associada a uma máquina. Não estaremos a assistir novamente a uma reificação da pessoa humana? No futuro, perante esta *nudez numérica*, será necessário mudar de *identidade numérica* do *novo homo numericus* para poder obter-se um emprego?

Este tipo de controlo inclusive tem gerado situações de sensação de controlo total, não havendo espaço para a privacidade já que as avaliações a que as pessoas são sujeitas são comparadas com as dos restantes colegas e permanecem mesmo que tenham sido injustas, o que levanta questões relacionadas com a discriminação e mesmo assédio.

Não nos parece e tem de ter-se sempre em atenção que se no plano técnico tudo é possível, o mesmo não se passa no plano jurídico.

Creio que não pode esquecer-se que já se considerou que o trabalho não pode ser entendido como uma qualquer mercadoria, bastando lembrar o art. 1.º da Declaração de Filadélfia e as Encíclicas *Rerum Novarum*, e *Quadragesimo anno*, ou *Centesimus Annus*, devendo ter-se uma especial consideração pelo trabalho pois é fonte de subsistência de grande parte da população mundial, não permitindo uma coisificação da pessoa humana e uma dissociação do trabalhador da prestação de trabalho. Aliás, o Papa Francisco na Encíclica *Laudato Si* também defende o mesmo quando escreve que “O trabalho deveria ser o âmbito deste multiforme desenvolvimento pessoal, onde estão em jogo muitas dimensões da vida: a criatividade, a projeção do futuro, o desenvolvimento das capacidades, a exercitação dos valores, a comunicação com os outros, uma atitude de adoração. Por isso, a realidade social do mundo atual exige que, acima dos limitados interesses das empresas e duma discutível racionalidade econó-

mica, «se continue a perseguir como *prioritário o objetivo do acesso ao trabalho* para todos», defendendo que “Não se deve procurar que o progresso tecnológico substitua cada vez mais o trabalho humano: procedendo assim, a humanidade prejudicar-se-ia a si mesma”, acrescentando que “a orientação da economia favoreceu um tipo de progresso tecnológico cuja finalidade é reduzir os custos de produção com base na diminuição dos postos de trabalho, que são substituídos por máquinas. É mais um exemplo de como a ação do homem se pode voltar contra si mesmo. A diminuição dos postos de trabalho «tem também um impacto negativo no plano económico com a progressiva corrosão do “capital social”, isto é, daquele conjunto de relações de confiança, de credibilidade, de respeito das regras, indispensável em qualquer convivência civil». Em suma, «*os custos humanos são sempre também custos económicos*, e as disfunções económicas acarretam sempre também custos humanos». Renunciar a investir nas pessoas para se obter maior receita imediata é um péssimo negócio para a sociedade”.

1.5. Atendendo aos perigos inerentes a esta situação a Comissão Europeia elaborou a 25 de Janeiro de 2012 um “pacote de medidas” destinadas a alterar a regulamentação da proteção de dados pessoais numa espécie de *Revolução Copernicana*, apresentando uma Proposta de Regulamento sobre Proteção de Dados Pessoais.

Na verdade, os sistemas informáticos não esquecem, sendo capazes de acumular informação quase de modo ilimitado. Os computadores não esquecem e não perdem a sua memória, deixando uma série de *pistas digitais* que permitem a comparação à entrada de determinados locais de uma cópia digitalizada e

a imagem da pessoa em causa. O trabalhador encontra-se, por esta via, amplamente “radiografado”¹⁰.

E, após um longo périplo legislativo, foi aprovado o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais 2016/679, de 27 de abril¹¹.

Este Regulamento entrou em vigor no dia 25 de Maio de 2016 e previa um período transitório de dois anos para a sua total aplicação, que aconteceu a 25 de maio do ano passado, devendo as organizações utilizar aquele período de tempo para se adaptarem às novas regras. Como se trata de um Regulamento é diretamente aplicável a todos os Estados Membros, sem necessidade de qualquer transposição tentando garantir, desta forma, uma verdadeira harmonização legislativa ao nível da Proteção de Dados, mas é um Regulamento atípico em que deixa em inúmeros aspetos uma grande amplitude aos Estados-Membros e daí a necessidade de uma norma de execução do Regulamento. Contudo, há áreas em que a harmonização não vai ser tão bem conseguida dadas as inúmeras especificidades e as sensibilidades de certas matérias, tentando conseguir-se tão só uma harmonização mínima e, uma dessas áreas é, exatamente, a do Direito do Trabalho.

Neste Regulamento há uma mudança de paradigma já que a responsabilidade de garantir a legalidade do tratamento de dados pessoais passa para o responsável pelo tratamento, que terá de a comprovar, nos termos do art. 5.º, n.º 2. Este artigo acarreta um

10. Neste sentido cf. FABRIZIA DOUGLAS SCOTTI, “Alcune osservazioni in mérito alla tutela del lavoratore subordinato di fronte al trattamento informático dei dati personali”, in *DRI*, n.º 1, 1993, p. 233.

11. No ordenamento jurídico brasileiro foi aprovada a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 que dispõe sobre proteção de dados pessoais o que nos parece bastante importante para a regulamentação destas matérias.

novo princípio no tratamento de dados pessoais que é o princípio da responsabilidade ou do *accountability principle*, na medida em que passa-se de uma filosofia de avaliação preventiva por parte das autoridades de proteção de dados para uma atividade fiscalizadora *aposteriori* devendo as empresas assegurarem *apriori* a *compliance* com as regras estabelecidas^{12 13}.

Este Regulamento traz inúmeras implicações para as relações de trabalho, quer através da clarificação de alguns conceitos, quer através do surgimento de novos direitos, quer, ainda, através do surgimento de novas figuras¹⁴.

2. Alguns tratamentos de dados pessoais dos trabalhadores em Portugal e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais

A relação de trabalho exige, por vezes, o tratamento de inúmeros dados pessoais dos trabalhadores, na aceção do art. 4.º,

12. Não pode deixar de atender-se, ainda, à obrigação prevista no Considerando 13 e o artigo 30.º do Regulamento Geral, relacionada com os registos das atividades de tratamento, porque apesar do Considerando 13 derrogar esta obrigação para empresas com menos de 250 trabalhadores, o n.º 5 do art. 30.º, estabelece que “As obrigações a que se referem os n.os 1 e 2 não se aplicam às empresas ou organizações com menos de 250 trabalhadores, a menos que o tratamento efetuado seja suscetível de implicar um risco para os direitos e liberdades do titular dos dados, não seja ocasional ou abranja as categorias especiais de dados a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, ou dados pessoais relativos a condenações penais e infrações referido no artigo 10.º”.

13. Cf., na Lei brasileira, de certa forma em sentido semelhante, os artigos 46.º e ss..

14. Para maiores desenvolvimentos *vide* TERESA COELHO MOREIRA, “Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0”, in *Questões Laborais*, n.º 51, 2018, e “A proteção de dados pessoais dos trabalhadores em Portugal”, in *4.ª Revolución Industrial: Impacto de la Automatización y la Inteligencia Artificial en la Sociedad y la Economía Digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, Espanha, 2018.

n.º 1, do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, assim como o tratamento dos mesmos¹⁵, na medida em que é necessária a obtenção de informação e esta é arquivada, acedida e analisada. Vários são os dados que poderão ser alvo deste tratamento, desde dados pessoais como os CV, certificados de formação, candidaturas, notas de entrevistas, assim como dados pessoais sensíveis¹⁶, como sejam os dados biométricos, os dados de saúde, dados genéticos, ou, ainda, imagens de videovigilância, ou dados de geolocalização. É ainda possível o tratamento de dados pessoais relacionados com a informação sobre quando o trabalhador iniciou a sua jornada de trabalho e quando terminou através de *logins* informáticos – que poderão utilizar o recurso a dados biométricos –, ou de sistemas de controlo de assiduidade, que também poderão utilizar estes mesmos dados¹⁷.

2.1. Em primeiro lugar, tem-se desde logo a questão que surgiram e continuam a surgir constantemente novas tecnologias extremamente invasoras da privacidade das pessoas em geral e dos trabalhadores em especial e o Regulamento Geral teve isso em atenção. Surgem a todo o momento tecnologias

15. Art. 4.º, n.º 2, do RGPD.

16. Cf. art. 9.º, n.º 1 do RGPD.

17. Especificamente sobre a matéria do registo dos tempos de trabalho e a questão dos dados pessoais *vide* DIOGO PEREIRA DUARTE, “Registo de tempos de trabalho e proteção de dados pessoais”, in *Estudos APODIT 4 – Tempo de Trabalho e Tempos de Não Trabalho – O Regime nacional do Tempo de Trabalho à luz do Direito Europeu e Internacional*, (coord. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO e TERESA COELHO MOREIRA), AAFDL, 2018, pp. 173 e ss., assim como DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA, Registo dos tempos de trabalho e proteção de dados pessoais”, in *Estudos APODIT 4...*, cit., pp. 117 e ss..

de seguimento dos trabalhadores e das suas comunicações eletrónicas que podem violar a privacidade dos trabalhadores. Este monitoramento pode infringir os direitos de privacidade dos trabalhadores, independentemente de o mesmo ocorrer de forma sistemática ou ocasional. O risco não se limita à análise do conteúdo das comunicações. Assim, a análise de metadados sobre uma pessoa pode permitir um monitoramento detalhado, igualmente invasivo da privacidade, da vida e até dos padrões de comportamento de um trabalhador.

Na verdade, com hoje em dia vivemos na sociedade de *Big Data* onde imperam os metadados que se referem a conjuntos enormes de dados detidos por empresas, governos entre outras entidades que são depois amplamente analisados através de algoritmos e que resultam da confluência de várias tecnologias desde o *cloudcomputing*, da Internet das Coisas, da Inteligência Artificial e das comunicações de banda muito larga¹⁸. Sendo assim, atendendo a esta enorme possibilidade de controlo, à diluição crescente entre o mundo *offline* e o *online* e a possibilidade de conexão com vários instrumentos de trabalho, o empregador tem de respeitar vários direitos dos titulares dos dados pessoais que são, no caso das relações de trabalho, os trabalhadores.

2.2. A noção de dados pessoais presente no art. 4.º do RGPD é mais ampla do que a anterior pois considera como dados pessoais toda a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, sendo que é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou

18. Para maior informação veja-se a *Opinion 03/2013 on purpose limitation*, de 3 de abril de 2013, do Grupo de Proteção de Dados do art. 29.º .

indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, **dados de localização, identificadores por via eletrónica**¹⁹ ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Esta noção é bastante interessante e bem mais ampla e com relevante interesse prático para o Direito do trabalho e que nas empresas que trabalham na *cloud* adquire enorme importância. Também é importante porque é mais abrangente englobando os dados de localização o que significa, claramente, que a utilização dos mesmos numa relação de trabalho terá de ser considerada como um meio de vigilância à distância, e que não podem cingir-se à videovigilância ou à áudio-videovigilância, já que permitem um controlo permanente e remoto, a uma distância temporal e espacial, dos trabalhadores, sendo-lhes aplicável o previsto nos artigos 20.º e 21.º do CT, e, mais concretamente, os números 1 e 2 do art. 20.º relativo às condições de licitude da instalação deste tipo de sistemas e ao princípio da finalidade legítima.

Estas tecnologias de geolocalização têm uma enorme capacidade de controlar a localização geográfica, quer de objetos, quer de pessoas, tendo a sua mesma vindo a melhorar nos últimos anos, sobretudo se associadas à tecnologia por radiofrequência²⁰. Assim, atualmente, é possível através de um dispositivo móvel equipado com sistema de GPS saber a localização

19. Negrito nosso.

20. Sobre esta veja-se, para maiores desenvolvimentos, TERESA COELHO MOREIRA, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de tecnologias de identificação por radiofrequência”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, reimp. da 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

de pessoas e de objetos com uma diferença de apenas 1 a 2 metros em relação à sua localização real, não apenas em locais situados no exterior de edifícios mas inclusive no interior e, por vezes, em locais extremamente íntimos. É possível, através deste meios, o controlo contínuo dos trabalhadores, não apenas durante a jornada de trabalho mas também fora desta.

Na verdade, como os dispositivos de geolocalização podem estar inseridos no *smartphone* ou no *tablet* dos trabalhadores, e estes estão indissociavelmente ligados aos seus utilizadores, inúmera informação pode ser obtida, incluindo alguma relacionada com a privacidade do trabalhador e, até, com a sua esfera mais íntima. No caso da realização de tratamento de dados de geolocalização sem conexão com a vida profissional do trabalhador, ou seja, na sua vida extraprofissional, este é vedada ao empregador. Assim, se o trabalhador tiver um veículo da empresa para uso laboral e, simultaneamente, extralaboral, a eventual legitimidade de tratamento de dados de geolocalização cinge-se à utilização profissional, já que a geolocalização não deve servir para prolongar a subordinação jurídica do trabalhador para além do limite temporal acordado. Qualquer tratamento de dados pessoais para além desta utilização será ilícita e recairá sobre o empregador o ónus de criar mecanismos que permitam um *switch off* dos dispositivos na vida privada, consoante o trabalhador esteja a trabalhar ou não. Porém, há situações em que os dispositivos de GPS estão ligados ao motor do veículo e, por isso, é impossível a utilização deste mecanismo de *switch off*. Nestes casos, a tecnologia pode auxiliar na proteção da privacidade dos trabalhadores através do recurso à tecnologia de *privacy by design*, significando que é o próprio

dispositivo técnico que cria a possibilidade de proteger a privacidade dos trabalhadores através de mecanismos para separar a utilização profissional da utilização pessoal, ficando a primeira acessível ao empregador e a outra inacessível, ainda que, em caso de furto ou roubo, por exemplo, essa informação esteja registada e possa ser utilizada pelas autoridades competentes²¹.

Aliás, é o próprio Regulamento Geral que aponta para esta ideia no art. 25.º que chama a atenção para o facto de a tecnologia poder ser vista como amiga da privacidade, através da consagração da *proteção de dados desde a conceção e por defeito*, estabelecendo que “tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, **o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do presente regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados**”, assim como “**O responsável pelo tratamento aplica medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pesso-**

21. Para maiores desenvolvimentos *vd.* TERESA COELHO MOREIRA, “O controlo dos trabalhadores através de sistemas de geolocalização”, in *Estudos de Direito do Trabalho, Volume II*, Almedina, Coimbra, 2016.

ais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade²². Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares”.

Este princípio é crucial porque incorpora a proteção de dados pessoais em todo o ciclo da vida das tecnologias.

Já o considerando 78 do Regulamento refere que a defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais exige a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas, a fim de assegurar o cumprimento dos requisitos do presente regulamento. Para poder comprovar a conformidade com o presente regulamento, o responsável pelo tratamento, no caso o empregador, “deverá adotar orientações internas e aplicar medidas que respeitem, em especial, os princípios da proteção de dados desde a conceção e da proteção de dados por defeito”.

Por outro lado, considerando que os sistemas de geolocalização são meios de vigilância à distância, não podem ser utilizados para controlar o desempenho profissional dos trabalhadores, tal como sempre foi interpretado para os meios tradicionais como a videovigilância, pois tal é vedado pelo art. 20.º, n.º 2 do CT. Os dados pessoais, mesmo que recolhidos para outras finalidades legítimas, não podem ser utilizados direta ou indiretamente para a avaliação do desempenho do trabalha-

22. Negrito nosso.

dor²³. O mesmo consta aliás do art. 17.º, n.º 1, do Projeto de Carta dos Direitos Fundamentais na Era Digital: “1. A utilização de captação de imagens à distância no local de trabalho é permitida apenas para detetar situações ou acontecimentos que de forma acidental ponham em causa a segurança de pessoas e bens, não podendo ter a finalidade de controlar o desempenho profissional”. Pena é que só se refiram à captação de imagens à distância e não refiram o mesmo na parte da captação de som no n.º 2. Claro que poderemos considerar que já está implícito na proibição do n.º 1 do art. 20 do CT mas considera-se que também deveriam ter feito alusão aqui.

Assim, só quando existir uma finalidade legítima como a do respeito pela segurança de pessoas e bens é que poderão instalar-se estes meios. Torna-se inquestionável que o empregador deve ter a possibilidade de salvaguardar o seu património e o de terceiros, assim como o dos seus trabalhadores, perante eventuais agressões ou atentados provenientes de próprios trabalhadores ou de terceiros, impedindo ou verificando a sua realização com os instrumentos que a técnica coloca à sua disposição, e, no caso concreto, através da utilização de meios de vigilância à distância. Consideramos, contudo, que têm de ocorrer situações de razoável risco para a segurança ou um perigo concreto e não apenas uma finalidade genérica preventiva ou de segurança.

23. Veja-se, a título de exemplo, que na Lei de Proteção de Dados Pessoais da Áustria, – *Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSGVO 2000)* – na secção III, parágrafo 12, n.º 4, 2, é proibida a gravação de imagens para controlar os trabalhadores – *eine Bildaufnahme zum Zweck der Kontrolle von Arbeitnehmern* –, assim como no n.º 4, analisar dados pessoais sensíveis através das imagens obtidas – *die Auswertung von mittels Bildaufnahmen gewonnenen personenbezogenen Daten anhand von besonderen Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 DSGVO) als Auswahlkriterium*.

A instalação deste tipo de sistemas também pode estar justificada por várias exigências relacionadas com a natureza da própria atividade, nos termos do art. 20.º, n.º 1 do CT.

2.3. Outra das ideias presentes no Regulamento Geral de Proteção de Dados com enorme importância para a relação de trabalho é a definição de consentimento do titular de dados pessoais para tratamento de dados.

Na verdade, este Regulamento Geral retirou o acento tónico do consentimento como fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais quando, nos termos do considerando 43 “exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento”, como é o caso, claramente, da relação de trabalho. Este considerando é muito importante porque significa que para que um tratamento de dados pessoais realizado pelo empregador seja válido terá de assentar noutros princípios que não o consentimento do trabalhador. E esta ideia é reforçada quer pela redação do próprio art. 4.º, ao definir que o consentimento titular dos dados é “uma manifestação de vontade, **livre**”^{24 25},

24. Sublinhado nosso, sendo que este é o que falta numa relação de trabalho. As relações de trabalho são um exemplo paradigmático da existência de relações privadas desiguais não só no plano factual mas também no plano jurídico. Na verdade, no plano factual, os sujeitos contraentes – trabalhador e empregador – não dispõem da mesma liberdade no que concerne à celebração do contrato nem à estipulação de cláusulas contratuais, o que origina o aparecimento de um desequilíbrio contratual que se acentua em alturas de desemprego generalizado. No plano jurídico, a conclusão do contrato de trabalho coloca o trabalhador numa situação de subordinação face ao empregador. Assim, figurando-se o domínio económico e social de uma parte, não se pode invocar, sem mais, o princípio da liberdade contratual, para se poder escolher arbitrariamente a contraparte, ou seja, o trabalhador.

25. Também esta noção consta do art. 5.º, inciso XII da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais.

específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”, quer pelo próprio art. 7.º, sobretudo os números 1 e 4, que estabelecem, respetivamente, que “quando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais”, e que “ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato”²⁶.

Parece-nos, sem dúvida, que a noção de consentimento, entendido como uma manifestação de vontade livre, específica e informada, é um conceito de difícil concretização e de difícil

26. É interessante notar que o Grupo de Proteção de Dados Pessoais do art. 29.º, no seu *Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento*, de 13 de Julho de 2011, já tinha defendido que, para que o consentimento fosse válido como legitimador do tratamento de dados pessoais, teria de ser livre, considerando que “O consentimento apenas será válido se a pessoa em causa puder exercer uma verdadeira escolha e não existir nenhum risco de fraude, intimidação, coação ou consequências negativas importantes se o consentimento for recusado. Se as consequências do consentimento comprometerem a liberdade de escolha da pessoa, o consentimento não será livre. A própria diretiva prevê, no artigo 8.º, n.º 2, alínea a), que, em certos casos, a serem determinados pelos Estados-Membros, a proibição de tratamento de categorias especiais de dados pessoais não pode ser ultrapassada pelo consentimento da pessoa em causa. Um exemplo disto é o caso em que a pessoa em causa está sob a influência do responsável pelo tratamento dos dados, como no caso de um vínculo laboral. Neste exemplo, embora não necessariamente, a pessoa em causa pode encontrar-se numa situação de dependência em relação ao responsável pelo tratamento dos dados – devido à natureza da relação ou a circunstâncias especiais – e pode temer retaliações se não consentir no tratamento dos seus dados”.

preenchimento no contexto de uma relação de trabalho e, por isso, saúda-se, vivamente, a redação e a clarificação realizada no Regulamento²⁷.

Considera-se que no âmbito laboral, o requisito do consentimento fica relegado para um segundo plano já que o trabalhador interessado se encontra numa posição de desigualdade em relação ao responsável pelo tratamento, isto é, o empregador, desigualdade na sua necessidade de obtenção de um posto de trabalho, no caso dos candidatos a emprego, ou de manutenção do mesmo, no caso de trabalhadores. Não parece que neste tipo de relação se possa falar de um consentimento prestado livremente, principalmente quando o consentimento é requisito para a obtenção de um serviço essencial ou, no caso que aqui nos interessa, para a manutenção de um posto de trabalho, não podendo falar-se aqui de uma verdadeira liberdade de escolha.

Na verdade, não pode deixar de ter-se em atenção, contudo, que na relação laboral torna-se necessária a recolha de numerosas informações dos trabalhadores para a correta execução do contrato de trabalho, sendo, assim, este tratamento uma consequência quase *natural* deste tipo de relações. Atendendo a tudo isto, defende-se, assim, uma inevitável evolução no sentido de colocar o pressuposto legitimador do tratamento de dados pessoais não no consentimento individual do trabalhador mas na ampliação do número de pressupostos alternativos a este consentimento. Entende-se que deve assumir importância a técnica

27. Na Nova Lei de Proteção de Dados Alemã, aprovada a 27 de abril de 2017, no parágrafo 26, só se admite o consentimento do trabalhador que for dado voluntariamente, como no caso em que estes adquirem vantagens com a prestação do mesmo.

de tipo objetivo, isto é, que assente a legitimidade do tratamento no respeito pelo princípio da finalidade e no prosseguimento de fins específicos e não de outros, colocando o acento tónico neste princípio e na ideia do tratamento ser pertinente e necessário, respeitando sempre o princípio da proporcionalidade.

Esta construção parece-nos trazer uma maior dose de garantia do ponto de vista laboral, já que, ainda que o consentimento do trabalhador tenha sido prestado²⁸, se o tratamento não respeitar estes princípios, isto é, se não for pertinente, nem necessário, ou não tiver uma finalidade lícita, será sempre ilícito. O carácter irrenunciável dos direitos de personalidade a isso obsta.

2.3.1. No ordenamento jurídico português, a Proposta de Lei n.º 120/XIII²⁹, e que agora a 10 de maio foi apresentado um projeto de texto de substituição da mesma, que assegura a execução, na ordem jurídica interna, do Regulamento, estabeleceu no art. 28.º, n.º 3, algumas regras relativas ao consentimento do trabalhador mas que nos parecem não ter a melhor redação, sobretudo o n.º 3, alínea a) que estabelece que “salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais: **se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador**”³⁰. Na verdade, retirar o consentimento quando possa resultar uma vantagem jurídica

28. Sem a verdadeira liberdade que é essencial.

29. Apresentada pelo Governo no dia 26 de março deste ano e que pode ser visualizado em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42368>.

30. Negrito nosso.

ou económica não nos parece fazer muito sentido. Defende-se aliás que deveria alterar-se a redação e colocar que “salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais: **se do tratamento não resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador**”^{31 32}, sob pena do preceito não fazer sentido na nossa opinião.

Mas, ainda assim considera-se que tem de ser sempre uma verdadeira vantagem e uma vantagem considerável já que temos muitas dúvidas sobre a verdadeira liberdade do consentimento prestado por um trabalhador e, ainda mais, por um candidato. Na verdade, considera-se que serão raríssimos os casos em que exista uma verdadeira liberdade de prestar o consentimento.

2.3.2. Assim, tendo em atenção a irrelevância do consentimento, o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores na relação de trabalho só poderá ser feito atendendo a certos princípios fundamentais que são os que já existem atualmente nos artigos 14.º a 22.º do CT mas que agora foram de certa forma clarificados e reforçados pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais.

31. Negrito nosso.

32. Aliás, este aspeto foi também criticado no Parecer n.º 20/2018, de 2 de maio deste ano, da Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais, in <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?-BID=42368>,, p. 36, onde se pode ler que “admite que a redação decorra de um qualquer lapso que torna, na realidade, o preceito incompreensível. Pretende-se, talvez, clarificar que o consentimento do trabalhador não releva, por regra, como condição de licitude de tratamentos de dados pessoais pelo empregador, precisamente porque a natureza não paritária da relação laboral não permite assegurar a liberdade da manifestação de vontade do trabalhador, requisito imprescindível de relevância jurídica do consentimento”.

Desta forma, o único fundamento que pode legitimar o tratamento de dados pessoais na relação de trabalho é a prossecução de interesses legítimos da entidade empregadora aferíveis em função do caso concreto, e nos termos do art. 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD, quando o tratamento for necessário para a execução do contrato de trabalho.

Assim, o empregador, antes da adoção de qualquer medida de controlo eletrónico que implica um tratamento de dados pessoais do trabalhador que, ainda mais podem ser sensíveis, tem de respeitar o princípio da finalidade. Este princípio está previsto no art. 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento e significa que os dados de carácter pessoal apenas podem ser recolhidos quando existam motivos determinados, explícitos e legítimos, e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades, indicando que os dados pessoais dos trabalhadores só podem ser tratados se respeitarem estes pressupostos, sendo essencial a definição precisa destas finalidades.

Este princípio constitui o princípio verdadeiramente cardinal da proteção de dados, sendo os demais princípios função deste na medida em que os dados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos em relação à finalidade pretendida; devem ser exatos, completos e atualizados em função da finalidade; e só devem ser conservados pelo tempo que a finalidade exige.

Assim, a finalidade pretendida pelo empregador tem de ser legítima, isto é, deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico e ser especialmente respeitadora dos valores fundamentais.

Veja-se, por exemplo, no caso das indagações possíveis e vedadas ao empregador quer na fase de execução do contrato

de trabalho, quer na fase de seleção, a redação dada ao art. 17.º, n.º 1, alínea a) e b) do CT, distinguindo os dados relativos à vida privada e saúde e estado de gravidez, só pode questionar-se quando “estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho” ou “salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem”.

Também relativamente aos dados pessoais no caso de meios de vigilância à distância, artigos 20.º e 21.º do CT, o princípio da finalidade é essencial antes da instalação de qualquer destes meios pois se a regra é a sua proibição, em determinados casos poderão ser instalados desde que “tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem”. Apenas nestes casos poderão ser instalados.

No caso destes meios de vigilância à distância e, especificamente, na videovigilância, com as capacidades fornecidas pela análise de vídeo, é possível a um empregador monitorar as expressões faciais do trabalhador por meios automatizados, para identificar desvios de padrões de movimento predefinidos (por exemplo, contexto de fábrica) e muito mais. Isso seria desproporcional aos direitos e liberdades dos trabalhadores e, portanto, geralmente ilegal. O processamento também é suscetível de envolver o perfil, e possivelmente, a tomada automática de decisões, bastando ter em atenção o Considerando 71 da Diretiva que estabelece “O titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza

efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou **práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana**. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para **avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular**, em especial a análise e previsão de **aspetos relacionados com o desempenho profissional**³³, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar”, assim como o art. 22.º com a epígrafe *Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis*³⁴.

Neste sentido, os empregadores devem abster-se do uso de tecnologias de reconhecimento facial e sobretudo ser vedado a estes o cruzamento dos dados da videovigilância com dados biométricos.

Aliás, relativamente aos dados biométricos, convém ter em atenção que o Regulamento estabelece no art. 9.º, a proibição, como regra geral do tratamento de certas categorias de dados pessoais, considerados dados sensíveis e que têm implicação direta na relação de trabalho, e que são a “origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados ge-

33. Negrilo nosso.

34. Para maiores desenvolvimentos veja-se a Opinião do Grupo do Artigo 29.º, de 3 de outubro de 2017, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*.

néticos³⁵, **dados biométricos**³⁶ **para identificar uma pessoa de forma inequívoca**³⁷, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”. Não deixa de ser interessante notar a inclusão quer dos dados genéticos, quer dos dados biométricos, que não se encontravam na Diretiva 95/46/CE.

Apesar desta proibição geral, a alínea b) do n.º 2 deste artigo permite mas apenas se “o tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral”, assim como a alínea h) relacionada com os serviços de medicina do trabalho, ao estabelecer que será possível “Se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado”. Contudo, neste último caso, o n.º 3 preconiza que os dados pessoais podem ser tratados se “forem tratados por ou sob a responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional, nos termos do direito da União ou dos Estados-Membros ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes, ou por outra pessoa igualmente sujeita a uma obrigação de confidencialidade ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros ou de regulamentação estabelecida pelas autoridades nacionais competentes”³⁸.

35. Relativamente a estes veja-se o art. 13.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, assim como LEAL AMADO, “Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro”, in *Temas Laborais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

36. O mesmo consta da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais, art. 5.º, II.

37. Negrito nosso.

38. Aliás, pode ver-se o mesmo nos arts. 17.º, n.º 2, e 19.º, n.º 3, do CT, assim como no art. 109.º, n.º 2, da Lei 102/2009, de 10 de setembro.

O Código do Trabalho português regula o tratamento de dados biométricos no art. 18.º e na Proposta de Lei n.º 120/XIII, o art. 28.º, n.º 6, estabelece que “o tratamento de dados biométricos dos trabalhadores só é considerado legítimo para controlo de assiduidade e para controlo de acessos às instalações do empregador”. Mais uma vez, defende-se que este preceito poderia ter uma melhor redação. Apesar de este preceito ter de ser conciliado com o n.º 2 do art. 18.º do CT que preconiza que “O tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir”, entende-se que deveria ter outra redação. Em primeiro lugar preconiza-se que os sistemas biométricos podem ser utilizados não apenas para controlo da assiduidade, mas também da pontualidade. Em segundo lugar, considera-se que é um interesse legítimo do empregador pretender que determinados espaços da empresa sejam acessíveis apenas a alguns trabalhadores e o controlo de acesso a esses locais, se preencher todos os restantes requisitos, pode ser feito por dados biométricos. A ser assim, terá de fazer-se uma interpretação extensiva da parte do artigo da Proposta que se refere a “controlo de acessos às instalações do empregador”.

Por outro lado, é possível também que o acesso a dispositivos móveis e informáticos seja feito por dados biométricos. Ora, também esta finalidade nos parece legítima e não consta da Proposta nem na redação original nem na redação de substituição apresentada a 10 de maio deste ano.

Considera-se, ainda, atendendo às inúmeras possibilidades de controlo através deste tipo de dados, e na senda do defen-

dido pela CNPD³⁹, que só deverá ser permitido e utilizado um único dado biométrico do trabalhador, não nos parecendo admissível o cruzamento de informação deste tipo de informação com outro tipo de tecnologia como é o caso da utilizada pelos meios de vigilância à distância, *inter alia*, a videovigilância ou a geolocalização.

O empregador terá, ainda, de respeitar sempre o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 5.º, n.º 1, alínea c) do Regulamento Geral. Este princípio é considerado um princípio fundamental, sendo atualmente entendido como um princípio de controlo e um mecanismo de equilíbrio entre os diferentes direitos em causa, e tende a realizar a procura do equilíbrio entre as obrigações do trabalhador, que emanam do seu contrato de trabalho, e o âmbito de liberdade constitucional da sua privacidade, garantindo que a modulação deste direito fundamental vai ser realizada na medida estritamente imprescindível ao seu correto respeito, isto é, com as restrições na quantidade, na qualidade e no procedimento.

No caso dos meios de vigilância à distância a aplicação destes princípios significa que, por exemplo, o controlo do empregador está limitado a determinados espaços geográficos e, por isso, não se poderão colocar câmaras de filmar em certos locais reservados dos trabalhadores como acontece com os lavabos e os vestiários⁴⁰, ou mesmo os refeitórios. Estes locais

39. Parecer n.º 20/2018, de 2 de maio deste ano, pp. 37-38.

40. No mesmo sentido, M.ª DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 408-409, defende que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada ori-

são, por excelência, sítios onde se desenrola a vida íntima ou coletiva dos trabalhadores, resultando claramente que concorre uma dupla situação: por um lado são locais onde não se executa a prestação de trabalho – não são zonas de trabalho da empresa – e, conseqüentemente, não estão relacionadas diretamente com o cumprimento do objeto do contrato de trabalho; por outro lado, trata-se de espaços em que há uma clara manifestação da intimidade dos trabalhadores.

Atendendo a este facto assemelha-se-nos que a Proposta de Lei n.º 120/XIII, no art. 19.º, n.º 2, alínea d), que estabelece que “As câmaras, ou outros meios de captação de som e imagem, não podem incidir sobre: o interior de áreas reservadas aos trabalhadores, designadamente vestiários e instalações sanitárias”, deveria ter incluído também os refeitórios. E na versão apresentada agora a 10 de maio acrescentaram-se mais locais, e quanto a nós bem, como zonas de refeição, ginásios e zonas exclusivamente afetas ao descanso dos trabalhadores.

No entanto, considera-se positiva esta inclusão como uma forma de reforçar a ideia do respeito pelo princípio da proporcionalidade ainda que nunca tivesse sido admitida a instalação deste tipo de aparelhos nestes espaços.

Por outro lado, significa também que nos dispositivos móveis inteligentes dos trabalhadores não podem ser instalados estes meios de vigilância à distância como é caso de aparelhos de geolocalização, porque são claramente desproporcionais face à finalidade pretendida. Estes dispositivos móveis inteligentes estão intrinsecamente ligados a uma determinada pessoa. A

gina a proibição de certas formas de controlo dos trabalhadores, exemplificando com a instalação de câmaras de filmar em locais de repouso ou nos sanitários.

maioria das pessoas mantém os seus dispositivos móveis junto a si, no bolso, na carteira, na roupa que veste e, à noite, próximo da cama, porque têm consciência da quantidade de informação pessoal que os mesmos contêm. Como aponta o GRUPO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29.^{o41}, através destes dispositivos móveis inteligentes os fornecedores de serviços de geolocalização obtêm um panorama íntimo dos hábitos e padrões dos proprietários dos mesmos e podem elaborar extensos perfis. Com base no padrão de inatividade durante a noite pode ser deduzido, por exemplo, o local onde dormiram e com base num padrão regular de deslocações de manhã, pode ser inferido, *inter alia*, o local onde trabalham. Este padrão pode incluir, ainda, dados derivados dos padrões de movimentos de amigos com base no chamado *gráfico social*, relacionado com as redes sociais, assim como um padrão de comportamento que pode incluir igualmente categorias especiais de dados, como são os dados sensíveis, se revelar, *inter alia*, visitas a hospitais e a locais de culto religioso ou a presença em manifestações políticas ou noutros locais específicos relacionados, designadamente, com a vida sexual. Acresce, ainda, que estes perfis podem ser utilizados para a tomada de decisões que afetem o proprietário do dispositivo. Por outro lado, é possível, ainda, a monitorização constante dos dados de localização.

O empregador terá, por último, previamente à adoção de qualquer medida de controlo, de respeitar o princípio da transparência que consiste no conhecimento da vigilância e do con-

41. Parecer n.º 13/2011 sobre serviços de geolocalização em serviços móveis inteligentes, de 16 de Maio de 2011, p. 7.

trolo exercido pelo empregador, sendo essencial para o correto tratamento de dados pessoais das pessoas, em geral, e dos trabalhadores, em especial, devendo estes saber o como, quando, onde e de que forma o controlo é feito. Este direito, aliás, está reforçado no Regulamento Geral de Proteção de Dados e ainda recentemente no acórdão do TEDH, no caso *Bărbulescu v. Romania*, de 5 de setembro de 2017, o Tribunal enfatizou a necessidade de dar conhecimento aos trabalhadores das eventuais formas de controlo eletrónico que o empregador utilize, quer ao defender que a vida privada social do trabalhador não pode ser reduzida a zero no local de trabalho⁴², quer ao defender que os empregadores têm de notificar previamente os trabalhadores da realização de um eventual controlo que terá de seguir determinados princípios fundamentais⁴³.

Desta forma, todos os tratamentos de dados devem ser comunicados aos trabalhadores devendo ser aprovadas e publicitadas políticas de qualquer monitorização realizada pelo empregador e apenas desde que respeitem estes princípios, sendo que, sempre que possível, os trabalhadores ou os seus representantes devem ser envolvidos na elaboração das mesmas.

E atendendo a este princípio da transparência, no caso da utilização de meios de vigilância à distância, não nos parece que o que consta do art. 20.º, n.º 3 do CT seja suficiente. Na verda-

42. Parágrafo 80: “an employer’s instructions cannot reduce private social life in the workplace to zero”.

43. “The Court observes that the covert video surveillance of an employee at his or her workplace must be considered, as such, as a considerable intrusion into his or her private life. It entails a recorded and reproducible documentation of a person’s conduct at his or her workplace, which he or she, being obliged under the employment contract to perform the work in that place, cannot evade”.

de, a informação deve ser mais completa indicando a existência do sistema, a identidade do responsável pelo tratamento que é o empregador, o direito de exercer todos os direitos enquanto titulares de dados pessoais previstos nos arts. 15.º a 22.º do RGPD, desde que adequados à situação concreta.

Tendo em atenção a obrigatoriedade do princípio da transparência e da informação quer aos trabalhadores, quer aos seus representantes, depreende-se não ser admissível o controlo oculto ou secreto sobre os trabalhadores através de meios audiovisuais por violar o princípio da boa-fé empresarial que tem consagração expressa no CT nos arts. 102.º e 126.º.

2.4. Torna-se ainda importante atender a outro aspeto no tratamento de dados pessoais e, sobretudo, no caso do tratamento através de meios de vigilância à distância na medida em que o art. 28.º, n.º 4 e 5 da Proposta de Lei n.º 120/XIII estabelece que “As imagens gravadas e outros dados pessoais registados através da utilização de sistemas de vídeo ou outros meios tecnológicos de vigilância à distância, nos termos previstos no artigo 20.º do Código do Trabalho, só podem ser utilizadas no âmbito do processo penal.” E n.º 5 “Nos casos previstos no número anterior, as imagens gravadas e outros dados pessoais podem também ser utilizados para efeitos de apuramento de responsabilidade disciplinar, na medida em que o sejam no âmbito do processo penal”.

Considera-se positiva esta inclusão pois ao longo do tempo surgiram algumas dúvidas em relação à possível utilização, no exercício do poder disciplinar do empregador, dos dados relativos a incumprimentos contratuais conhecidos de forma aciden-

tal, através do controlo destinado a satisfazer as necessidades previstas no art. 20.º, n.º 2, do CT.

Sempre defendemos que, em princípio, a aceitação deste tipo de dados, ainda que captados ocasionalmente para finalidades diferentes das que justificaram a medida inicial, violavam o princípio da finalidade, sendo que a lei não se refere à intencionalidade do sujeito e, por isso, é independente do resultado o facto de ter existido intenção ou não de descontextualizar a informação.

Não parece que possamos retirar do CT a existência de uma exceção ao princípio da finalidade em relação às informações obtidas ocasionalmente que revelem incumprimentos contratuais ou ilícitos sancionados laboralmente. Acresce, ainda, que nos parece que atribuir relevância disciplinar a comportamentos irregulares conhecidos de forma accidental, quando a finalidade da vigilância é outra, equivaleria a assumir também entre os fins da adoção, o controlo do comportamento do trabalhador, o que é claramente interdito pelo art. 20.º, n.º 1, do CT.

Defende-se, assim, por regra, que o princípio da compatibilidade gera a impossibilidade de aplicar aos trabalhadores sanções disciplinares com base em incumprimentos contratuais ocasionalmente captados mediante sistemas de meios de vigilância à distância instalados para cumprir alguma das finalidades previstas no art. 20.º, n.º 2, do CT. Porém, é nosso entendimento que, em determinadas circunstâncias, pode ser lícita a utilização de dados com fins disciplinares quando o que se descobre acidentalmente são factos particularmente gravosos, e que podem constituir ilícitos penais como seria o caso, *inter alia*, de assédio moral, sexual, agressões e furtos.

Contudo, tendo em atenção que este processamento de dados com fins disciplinares constitui uma quebra do princípio da finalidade só pode ocorrer em situações excecionais⁴⁴, sendo que esta é a regulamentação que está estabelecida nos n.ºs 4 e 5 da Proposta de Lei, ainda que se considere que talvez a redação não tenha sido a melhor.

Contudo, parece existir aqui uma certa contradição com o disposto no art. 17.º, n.º 4 do Projeto de Lei N.º 1217/XIII, que aprova a Carta dos Direitos Fundamentais na Era Digital, porque estabelece que “ 4. O disposto nos números anteriores não obsta a que imagens e sons captados por equipamentos instalados constituam meios de prova quando esteja em causa ilícito disciplinar grave ou infração penal”. Não se acha que esta seja a melhor redação e parece ser até uma contradição porque defende ser possível quando estiver em causa um ilícito disciplinar grave⁴⁵ e não apenas uma infração penal. Ora, no nosso entendimento, deveria ter a redação de “quando esteja em causa ilícito disciplinar grave que constitua uma infração penal”, ou seja, serem requisitos cumulativos e não optativos.

2.5. É muito importante o previsto no art. 88.º com a epígrafe *Tratamento no contexto laboral*, que permite que “Os Estados-Membros possam estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamen-

44. Para maiores desenvolvimentos TERESA COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, Coimbra, 2010.

45. Conceito muito indeterminado.

to de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho, sendo que estas normas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho, devendo os Estados-Membros notificarem a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do n.º 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas”.

Este artigo resulta da consciencialização das inúmeras possibilidades de controlo através das novas tecnologias, assim como das diferenças em termos de proteção laboral relativamente ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores nos diferentes Estados-Membros.

Na verdade, o enorme aumento na quantidade de dados gerados no ambiente de trabalho, em combinação com novas técnicas para análise dos mesmos e a correspondência cruzada, também pode criar riscos de processamento adicional incompatível. Como exemplos de processamento adicional ilegítimo

podem dizer-se o uso de sistemas que são legitimamente instalados para proteger a segurança do local e que depois são utilizados para controlar a disponibilidade, o desempenho e a facilidade de atendimento dos trabalhadores. Outros incluem o uso de dados recolhidos através de um sistema CCTV para monitorizar regularmente o comportamento e o desempenho dos funcionários ou usar dados de um sistema de localização geográfica⁴⁶, para verificar constantemente os movimentos e o comportamento de um trabalhador⁴⁷.

Tendo em atenção a redação deste artigo e a ampla proteção conferida no Código do Trabalho relativamente a esta matéria defendemos que o legislador nacional deveria fazer uso do artigo 88.º, aliás como já aconteceu noutros ordenamentos jurídicos, através de uma lei que estabelecesse uma remissão direta para o previsto atualmente no Código do Trabalho.

Atendendo a todo este contexto, parece-nos que a melhor solução é, exatamente, manter a proteção vigente no Código do Trabalho, acrescentando-lhe, ainda a maior proteção conferida pelo Regulamento Geral já que é essa a finalidade do mesmo.

Creemos que a opção fornecida pelo legislador da União Europeia deve ser utilizada, tendo como objetivo principal evitar a redução da proteção existente, proporcionando, simultaneamente, uma maior segurança jurídica, uma maior certeza e uma maior clareza das situações quer aos trabalhadores, quer aos empregadores, sobretudo atendendo ao tecido empresarial em Portugal dominado por micro e pequenas empresas, aumentando, também, a própria confiança dos mesmos nesta matéria.

46. Como, por exemplo, o rastreamento WiFi ou Bluetooth.

47. Neste sentido veja-se Grupo do Artigo 29.º, *Opinion 2/2017*..., cit., pp. 9 e ss..

O legislador português acionou este artigo, e quanto a nós esta atitude é bastante positiva, na Proposta de Lei n.º 120/XIII, ao estabelecer um artigo com a epígrafe *relações laborais* – art. 28.º

2.6. Um dos novos direitos criados pelo Regulamento que está previsto no art. 20.⁴⁸ é o direito à portabilidade de dados que tem um impacto também na relação de trabalho pois os trabalhadores, enquanto titular de dados, têm direito de receber os dados pessoais que lhes digam respeito e que tenham fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se o tratamento for realizado por meios automatizados. Isto significa que o trabalhador, nos termos do n.º 2, tem direito de exigir, nestes casos, que os dados sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.

Contudo, tem de ter-se em atenção que este direito à portabilidade de dados só se aplica se o tratamento de dados for feito de forma automática não abrangendo a maior parte dos ficheiros em formato tradicional ou papel.

Porém, atendendo às novas formas de prestar trabalho na *sharing economy* onde o trabalho é realizado *online* através das

48. Cf., ainda, o Considerando 68 do Regulamento – “Para reforçar o controlo sobre os seus próprios dados, sempre que o tratamento de dados pessoais for automatizado, o titular dos dados deverá ser autorizado a receber os dados pessoais que lhe digam respeito, que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento num formato estruturado, de uso corrente, de leitura automática e interoperável, e a transmiti-los a outro responsável”.

plataformas digitais, e onde os trabalhadores têm uma reputação também *online* e tudo é processado de forma automática, este direito adquire grande importância e poderá implicar, até, que as empresas tenham de coordenar de certa forma os respetivos formatos de portabilidade de dados pessoais, protegendo, simultaneamente os seus sistemas de informação e tornando-os interoperativos⁴⁹.

O problema é que muitas destas avaliações são fornecidas por terceiros. Significa isto que o trabalhador não vai poder levar com ele? Não temos a certeza, apesar de o legislador nacional, no art. 18.º, n.º 1, da Proposta de Lei n.º 120/XIII, estabelecer que “o direito de portabilidade dos dados previsto no artigo 20.º do RGPD abrange apenas os dados fornecidos pelos respetivos titulares”. Considera-se que seria melhor interpretar-se de forma a abranger também estes dados atendendo mesmo ao certificado que o empregador tem de entregar ao trabalhador nos termos do art. 341.º do CT. Poderia interpretar-se extensivamente este artigo e englobar esta nova situação. Inclusive a própria Comissão Europeia mostrou-se favorável à possibilidade das plataformas digitais permitirem a portabilidade dos dados, incluindo as avaliações aos interessados⁵⁰.

Conclusões:

1. As TIC e as inúmeras possibilidades que elas trazem para uma nova sociedade, uma nova economia, e um novo Direito do trabalho, não podem originar que os direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo o direito à privacidade,

49. Neste sentido ver Grupo do art. 29.º, *Guidelines on the right to data portability*, adotado a 13 de dezembro de 2016 e alterado a 5 de abril de 2017, pp. 8-9.

50. Communication from the Commission, *Online platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*.

voltem a ficar às portas da fábrica, retrocedendo décadas na interpretação do mesmo.

2. Os algoritmos e o *software* estão a transformar-se nos novos meios de controlo e nos novos empregadores, alterando a maneira como as pessoas trabalham. As atividades são distribuídas, otimizadas e avaliadas de acordo com a avaliação e o controlo realizado à distância por estes algoritmos.

Contudo, não pode esquecer-se de que o trabalho não é uma mercadoria e nem que o trabalho não é uma tecnologia.

Na verdade, TIC não rimam necessariamente com liberdade nem com autonomia, permitindo, bem pelo contrário, um controlo total, à distância, sem qualquer limite geográfico ou temporal.

3. Parece ser essencial, e mesmo imperioso, refletir sobre a sociedade que queremos construir e onde desejamos viver, sabendo que todas as opções que realizarmos irão influenciar, positiva ou negativamente, as nossas famílias e os nossos descendentes.

4. Está-se perante uma temática em contínua evolução, sendo que o equilíbrio entre os direitos dos trabalhadores, principalmente a sua privacidade, e o poder de controlo eletrónico do empregador não constitui uma tarefa fácil, estando hoje o Direito do trabalho a ser alvo de uma verdadeira *metamorfose*.

5. O que nos parece essencial nesta matéria é que tenhamos sempre em atenção de que nem tudo o que é tecnicamente possível é juridicamente admissível e que há que respeitar os princípios fundamentais de privacidade na vertente de trata-

mento de dados pessoais que funcionam como limites ao poder de controlo eletrónico do empregador.

Na dialética entre direito e mercados não se deve defender a redução de direitos para aumentar o mercado fazendo desaparecer a qualidade do trabalho e do emprego mas sim, de assegurar os valores profundos do Direito do trabalho, as liberdades e as garantias e direitos do trabalhador como trabalhador-cidadão e como cidadão-trabalhador num mercado globalizado o que, sem dúvida, implica uma regulação laboral mais compreensiva e até *amiga* do mercado mas, também, um mercado mais compreensivo e *amigo* dos valores do Direito do trabalho.

6. A dignidade da pessoa humana é o princípio fundador de qualquer sociedade, e, por isso, não nos podemos esquecer que, tal como se encontra na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, “a pessoa humana é e deve ser o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições sociais, continuando a ser essencial a existência do Direito do trabalho”.

Tendo em atenção a evolução histórica do Direito do trabalho do período liberal até aos nossos dias nota-se como, afinal, os problemas são os mesmos. Já o papa João Paulo II na Encíclica *Centesimus Annus*, a propósito dos 100 anos da Encíclica *Rerum Novarum*, escreveu que esta era “um documento sobre os pobres e sobre a terrível condição à qual o novo e não raramente violento processo de industrialização reduzira enormes multidões”, considerando contudo que “Queira Deus que estas palavras, escritas enquanto crescia o que foi chamado «capitalismo selvagem», não tenham hoje de ser repetidas com a mesma severidade. Infelizmente ainda hoje é frequente encontrar casos de contratos

entre patrões e operários, nos quais se ignora a mais elementar justiça, em matéria de trabalho de menores ou feminino, dos horários de trabalho, do estado higiénico dos locais de trabalho, e da legítima retribuição”, e já na Encíclica *Rerum Novarum* o Papa Leão XIII defendia que “entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém”, podendo ler-se, ainda que “Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprouver, cheguem, inclusivamente, a acordar na cifra do salário: acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado”.

Também o Papa Francisco na sua Encíclica *Laudato Si* defende que “A humanidade entrou numa nova era, em que o poder da tecnologia nos põe diante duma encruzilhada. Somos herdeiros de dois séculos de ondas enormes de mudanças... Nunca a humanidade teve tanto poder sobre si mesma, e nada garante que o utilizará bem, sobretudo se se considera a maneira como o está a fazer.”

Contudo, “A verdade é que «o homem moderno não foi educado para o reto uso do poder», porque o imenso crescimento tecnológico não foi acompanhado por um desenvolvimento do ser humano quanto à responsabilidade, aos valores, à consciência. Cada época tende a desenvolver uma reduzida autoconsciência dos próprios limites”, não podendo deixar de ter-se em atenção o acerto e a atualidade do velho aforismo de LACORDAIRE, segundo o qual “entre o rico e o pobre, entre o forte e o fraco, é a Lei que liberta e a liberdade que oprime”.

Portugal, maio de 2019

ASPECTOS JURÍDICOS DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A REVOLUÇÃO 4.0

*Clarissa Ribeiro Schinestsck**

Boa tarde a todos. Gostaria de agradecer o convite que me foi feito para estar aqui hoje e o faço na pessoa da Dra. Marly Cardone. Para mim, é uma honra participar deste evento, compondo a mesa com meu ex-colega, Dr. Raimundo Simão de Melo, por quem nutro grande admiração. Cumprimento, também, os professores Otávio Pinto e Silva e Leonel Machietto responsáveis pela organização do Congresso.

Feitas essas considerações, passo a abordar a temática do painel: **“A Revolução Industrial 4.0 e os aspectos jurídicos do meio ambiente do trabalho”**.

A estagnação a que chegou o processo de acumulação de riquezas do sistema taylorista fordista¹ na década de setenta, aliada a outros elementos de ordem política e econômica, de-

* Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Procuradora do Trabalho na 15ª Região. Doutora em Direito do Trabalho pela USP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual em Civil pela UNISINOS. Ex-juíza do Trabalho do TRT da 2ª Região.

1. Ver a respeito do taylorismo fordismo: HARVEY, David. A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 17ª. ed. São Paulo: Loyola, 2008.

terminaram um processo de reestruturação do capitalismo² que, a partir de então, articulou uma série de medidas com o fito de promover a redução dos custos com a produção e aumentar a acumulação de riquezas, o que resultou em uma nova divisão internacional do trabalho, com a redução dos trabalhadores que exerciam suas atividades nas indústrias. Amplificou-se o setor de serviços e buscaram-se novas tecnologias para aumentar a produtividade com menores custos.

Como consequência, no ano de 2011, surgiu na Alemanha, na feira de Hannover, a proposta de uma empresa inteligente³, apoiada, essencialmente, nos seguintes eixos: a) robótica apoiada na inteligência artificial; b) impressão 3D, c) internet das coisas, d) nanotecnologia, e) biotecnologia, e) armazenamento de energia, f) veículos autônomos.

Esse processo, verdadeiramente revolucionário, foi denominado de indústria 4.0 e, em virtude de representar um rompimento profundo com o que até então se conhecia, passou a ser chamado por alguns de Revolução Industrial 4.0⁴

De acordo com essa proposta, todas as áreas da indústria, que estão imbricadas com o setor de serviços, serão atingidas pelas inovações. Trata-se de um processo ainda em curso e que avança diariamente, provocando uma série de transformações profundas e irreversíveis que ligará os domínios físicos, biológicos e digitais. O mundo do trabalho será amplamente atingido e exigirá adaptações de toda a coletividade.

2. ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2a. ed. 10. reimpr. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 31-37.

3. SCHWAB, Klaus; tradução Daniel Moreira Miranda. **A Quarta Revolução Industrial**. 1ª edição. 5ª reimpressão. São Paulo: Edipro, 2018, p.14.

4. Op.cit. p. 14

Veja-se que a partir da inteligência artificial, robôs poderão realizar o trabalho exercido por humanos em diversos setores da economia. E tal não é algo distante. Ao contrário, esta é uma realidade que já estamos vivenciando, já que estamos tendo nosso cotidiano invadido por robôs. Basta ver as gravações dos bancos, call centers, aplicativos de aprendizado de línguas entre outros.

Dessa forma, os estudos acerca da inteligência artificial têm avançado de forma vertiginosa e atingido, inclusive, a seara jurídica e algumas notícias sobre ela chamam a atenção. Uma notícia do Conjur⁵ destaca que a inteligência artificial bateu, em velocidade, cerca de 20 (vinte) advogados na análise de contratos. O CNJ⁶ anunciou em março que irá implantar um centro de inteligência artificial, com o objetivo de tornar as atuações mais efetivas. E outra notícia do jornal de The Guardian⁷, realmente impressionante, dá conta de que testes evidenciaram que 79 (setenta e nove) por cento dos casos julgados por robôs juízes equivalem a sentenças que teriam sido dadas por juízes humanos.

Inevitavelmente, com a possibilidade de robôs executarem atividades até então desempenhadas por trabalhadores humanos, muitos tipos de trabalhos, serão extintos, notadamente, os de caráter repetitivo. Em contrapartida, acredita-se que novos

5. Conjur, 21.11.2018. Acesso em 10 de maio de 2019. < <https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos> >

6. Jornal Valor Econômico 18.03.2019. Acesso em 09 de maio de 2019: <<<https://www.valor.com.br/legislacao/6164601/cnj-implanta-centro-de-inteligencia-artificial> >

7. Jornal Gazeta do Povo, 25.12.2016. Acesso em 10 de maio de 2019. Acesso em 09.05.2019: < <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/juiz-com-inteligencia-artificial-software-consegue-julgar-de-modo-similar-a-humanos-0h68nf91ibfcdqhrfntflasuq/>

tipos de empregos serão criados, especialmente nas áreas de matemática, ciências da computação, engenharias. Mas é preciso ter em mente que como o objetivo da Revolução 4.0 é a redução de custos com aumento de produtividade, haverá um déficit de postos de trabalho em relação ao que se tem atualmente. Com isso, haverá um grande contingente de desempregados.

Outro aspecto da Revolução 4.0 é a Impressão 3D, uma forma de tecnologia que permite a criação de um modelo tridimensional. A impressão 3D é uma realidade na seara médica. Aqui no Brasil, uma parceria entre o laboratório Biofrabris e a Unicamp, tem possibilitado a reconstituição da calota craniana de pessoas que foram mutiladas. Vários trabalhadores que foram vítimas de acidentes de trabalho têm se beneficiado com estas próteses doadas pela Universidade e a perspectiva é que haja um avanço da impressão 3D para diversos segmentos para além do setor médico.

Não menos importante que a inteligência artificial e a impressão 3D, tem-se a **internet das coisas** como mais uma inovação trazida pela Revolução 4.0, visto que ela pretende ligar à internet o máximo possível de objetos do cotidiano, de modo a se comunicarem entre si e com o usuário.

A expansão da internet à massa da população, de modo ágil e barato, tornou possível a sua conexão ao telefone celular, uma vez que este revolucionou a forma como as pessoas vivem e se relacionam. Não por outro motivo, pode-se afirmar que se vive, hoje, o século do aparelho celular e da internet. As pessoas necessitam do celular para se comunicar e também para trabalhar. Alguém que não o tenha fica desconectado do mundo, agora digitalizado.

Com o avanço da internet, alcançando a massa da população com um custo baixo e com grande agilidade, surgiram novas formas de trabalho, incrementadas, especialmente nos últimos anos.

A partir desse avanço, surgiram novas formas de prestar trabalho na era digital, como o *crowdwork*⁸. É importante registrar que não há uma uniformidade terminológica na doutrina, no que tange a estas novas formas de prestar trabalho. Há autores que fazem uma divisão entre o *crowdwork* e o trabalho ‘on demand’ por aplicativos⁹.

a) Crowdwork on line: É o denominado trabalho da multidão, por meio do qual uma plataforma aproxima prestadores e solicitantes de serviços, localizados nos mais variados lugares do mundo, haja vista que o trabalho pode ser executado exclusivamente on line. Como exemplo de *crowdwork on line*, pode-se citar a realização de uma tradução, de uma elaboração de desenho gráfico, de um rótulo, de um site.

b) Crowdwork off line: Neste tipo de trabalho, também há uma plataforma que liga solicitantes e prestadores de serviço. Todavia, parte do serviço deve ser exercido de forma física, o que restringe o âmbito de alcance da oferta de trabalho. Exemplo típico é a prestação do serviço de transporte ou de limpeza doméstica.

8. SIGNES, Adrián Todolí; Tradução: Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017, p. 31

9. Ob.cit, p. 33

Ainda nesse contexto, considera-se que o **crowdwork** pode ser **genérico ou específico**. Ter-se-á o **crowdwork** genérico, quando a plataforma oferecer uma gama diversificada de serviços, ao passo que o **crowdwork** específico verificar-se-á, nos casos de a plataforma oferecer apenas um tipo de serviço. A Amazon Mechanical Turk é o exemplo mais conhecido de **crowdwork** genérico e, a UBER, de **crowdwork** específico.

Uma outra circunstância que se tem verificado nestas novas formas de trabalho é o fato de que há situações em que não haverá pagamento. Nessas hipóteses, estar-se-á diante de **crowdwork gratuito**.

Há de se notar que essa gratuidade na prestação do serviço pode ocorrer quando há uma chamada global para a execução de um projeto, como por exemplo, quando foi criado o programa Linux. Aqui se está perante o **crowdwork voluntário**.

Mas a gratuidade também se pode verificar nos casos em que o solicitante do serviço rejeita o seu resultado. Essa possibilidade está expressamente prevista pela Amazon Mechanical Turk e o que chama a atenção é que não há necessidade de a recusa ao serviço ser justificada, basta simplesmente que o solicitante não esteja de acordo com o que foi apresentado como resultado final pelo trabalhador. Ademais, na plataforma da Amazon Mechanical Turk, os prestadores de serviços têm que manifestar expressa anuência em face dessa possibilidade de nada receberem pelo trabalho executado, quando os solicitantes os rejeitarem.

Por sua vez, quando o **crowdwork** é **retribuído**, a forma de pagamento é por empreitada, desconsiderando-se totalmente o tempo despendido pelo trabalhador na execução do serviço.

Há, ainda, o **crowdwork competitivo ou baseado em concursos**. Nesta forma de prestar trabalho, há uma chamada pública para realizar-se certa tarefa em troca de um prêmio, sendo que somente o trabalhador que finalizá-la em primeiro lugar, receberá a contraprestação. Esta modalidade é geralmente utilizada para a resolução de equações matemáticas ou de aperfeiçoamento de algoritmos.

O trabalho da multidão permite, outrossim, a fragmentação de uma tarefa, de tal maneira que até mesmo a sua complexidade pode ser retirada. Assim, atribui-se uma série de tarefas a uma gama de indivíduos, o que requer menor qualificação e remunerando-os a baixo custo.

Insta analisar como se desenha o modelo organizacional da cibernética ou da governança pelos números. Nesse novo modelo, verificam-se os seguintes elementos¹⁰:

1. CONTROLE POR PROGRAMAÇÃO, COMANDOS OU OBJETIVOS: O trabalhador necessita cumprir os objetivos estipulados pelo algoritmo. O que importa é o resultado de seu trabalho.

2. SURGIMENTO DO SUJEITO OBJETIVO: neste modelo de organização calcado na cibernética, o trabalhador precisa realizar os objetivos traçados pela empresa, bem como adaptar-se aos comandos enviados pelo sistema.

3. LIBERDADE PROGRAMADA: Ao passo que é concedida uma parcela de liberdade em relação à forma de se rea-

10. OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASA-GRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018, p. 35-43

lizar o trabalho, esta mesma liberdade é negada pelo rigoroso controle exercido pelos comandos do algoritmo.

4. GESTÃO POR PUNIÇÕES OU RECOMPENSAS:

A gestão no modelo da cibernética é feita por punições e recompensas, levando-se em consideração o comportamento do trabalhador em relação ao que é determinado pelo sistema.

5. MOBILIZAÇÃO TOTAL DOS TRABALHADORES: O trabalhador precisa estar inteiramente mobilizado para poder cumprir os objetivos e comandos estipulados pela programação, fazendo com que não haja mais divisões entre o horário de trabalhar e o tempo de descanso.

Este novo modelo acaba muitas vezes por excluir do mercado as mulheres, as quais ainda são, majoritariamente, as responsáveis pelos afazeres domésticos e cuidados com os filhos. Não há como as mulheres competirem em igualdade com os homens, nesse novo modelo de negócio.

Klaus Schwab¹¹ chama a atenção para as lacunas de gênero que poderão surgir com a Revolução 4.0, uma vez que as áreas nas quais acredita-se que surgirão novos empregos são marcadamente ocupadas por homens, como a matemática, engenharias,

6. RELAÇÃO DE ALIANÇA ENTRE TRABALHADOR E EMPRESA; REFEUDALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: No modelo da governança pelos números, o trabalhador passa a se relacionar com a empresa em sistema de aliança, remontando à refeudalização das relações de trabalho. A suposta parceria, colaboração entre empresa e trabalhador, é exigida ao máximo deste último, de modo que se en-

11. SCHWAB, Klaus. Ob., cit., p. 51

tregue totalmente ao atingimento das metas estabelecidas pelos comandos. Como o preço pago pelo trabalho realizado é bem baixo, esse trabalhador terá, necessariamente, que trabalhar muitas horas para auferir um ganho mínimo. Adere-se à ficção do trabalhador- livre, conquanto a natureza da relação mantenha-se: de um lado, aqueles que somente possuem o seu trabalho para dispor e, de outro, os organizadores dos meios de produção.

7. ATOMIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO:

Os laços solidários são rompidos e os trabalhadores passam a estar sós e a concorrerem uns com os outros em um verdadeiro leilão da força de trabalho. **NÃO HÁ MAIS UM LOCAL COMUM** no qual os trabalhadores se enxergam como pertencentes a um grupo, levando esse novo modelo organizacional a um meio ambiente de trabalho bastante hostil e que cria riscos exponenciais à saúde mental.

Cabe referir, por oportuno, que esta análise parte da ideia holística e humanista de meio ambiente, contida na Lei de política nacional de educação ambiental, em se art.4, II (Lei nº. 9.795, de 1999).

Consigna o art. 4º, II, da aludida lei, que há de considerar-se a interdependência entre o meio natural, socioeconômico e o cultural, à luz da sustentabilidade. Ademais, a mesma legislação erigiu como um dos objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental, “o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas interações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos”.

Cuida-se do reconhecimento de que os fenômenos ambientais, sociais, biológicos e psicológicos estão em permanente

interação. Evoluiu-se da proteção setorizada para a proteção global, holística em todos os seus aspectos. Assim, abandonou-se a ideia de meio ambiente apenas como local de trabalho para encampar todos os elementos que circundam a prestação de serviços.

Considerando o meio ambiente em sua perspectiva humanista e holística, tem-se que, no modelo da cibernética o meio ambiente laboral, é caracterizado pelos seguintes elementos.

1. PRESSÃO PELO MEDO: O medo passa a ser um elemento presente, pois tem-se medo de ser desconectado da fonte que viabiliza o seu meio de subsistência, medo de não atingir uma nota boa nas avaliações, medo de não conseguir emprego. **OS CONTROLES POR GEOLOCALIZAÇÃO** tornam os trabalhadores vulneráveis frente à empresa. Há muita insegurança e medo pelo futuro;

2. JORNADAS EXTENUANTES para que se alcance uma maior remuneração, já que o preço fixado para cada tarefa é baixo.

3. CAPTURA DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR: tratamento contraditório dispensado ao trabalhador como parceiro, iludindo-o de que é um microempresário e como mecanismo de utilização de marketing da economia compartilhada

4. TOTAL PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO: Ausência de direitos para aquele que trabalha.

Há uma completa desumanização do trabalho, fazendo com que o meio ambiente laboral tenha um potencial enorme para afetar a saúde mental dos trabalhadores. E o Direito não pode passar ao largo dessas novas questões, notadamente, por-

que a tecnologia é neutra e pode ser utilizada de acordo com diferentes orientações.

No caso de crowdwork off line, em que se verifica o trabalho físico em território brasileiro, tem-se que a legislação de proteção ao meio ambiente deve incidir para proteger quaisquer trabalhadores, independentemente do vínculo que ostentam com a empresa.

Isso porque o Direito brasileiro contempla um amplo e avançado sistema de tutela ambiental, cujo epicentro situa-se na Constituição Federal, englobando o meio ambiente em todos os seus aspectos, incluindo-se o do trabalho. O fato de trabalhar garante àquela pessoa que o seu meio ambiente seja adequado e saudável.

Consoante prescrito pelo art. 7, XXII, da CF88, são direitos dos trabalhadores “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Significa que os trabalhadores que desenvolvem suas atividades por meio de plataformas digitais, ainda que não possuam vínculo empregatício com a empresa, têm direito a manterem, no exercício de seu labor, relações saudáveis, em que não haja pressão por medo ou controles excessivos, notadamente os realizados por geolocalização, limitação de jornada, como medida para garantir a saúde física e mental de quem trabalha.

O grande problema aqui é que as corporações se deslocam pelo mundo em busca de locais onde há uma legislação trabalhista, ambiental e fiscal mais fraca, onde não há sindicatos atuantes. Nessa perspectiva, como a concorrência é global, enquanto houver um ordenamento jurídico dando essas condições às empresas, será para lá que elas irão.

Para contornar essa questão, Alain Supiot¹², renomado professor francês, propõe que se resgate o espírito da Declaração da Filadélfia¹³, a qual reafirmou os objetivos da OIT, assentando que o trabalho não é uma mercadoria e como tal não pode ser tratado. Os direitos humanos devem ocupar a centralidade das discussões e não estarem a serviço da economia e das finanças.

Dessa forma, se todos os estados reafirmarem seus compromissos com a valorização do trabalho e com a dignidade humana, será possível criar uma rede de proteção internacional capaz de proteger o meio ambiente dos trabalhadores que executam suas atividades em plataformas digitais.

Ante o mercado total, é preciso um direito também global. Somente com um compromisso internacional de todos os países, em torno da justiça social e calcado na dignidade humana, será possível valorizar o trabalho e impedir que a tecnologia seja utilizada para vilipendiar os mais elementares direitos do homem¹⁴. E assim, “todos os seres humanos, quaisquer que sejam as raças, as crenças ou o sexo, têm o direito de perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual na li-

12. SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p.23

13. Declaração da Filadélfia: (...) “A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes: a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes 20 dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”.

14. Supiot, Alain. Ob., cit, p. 24

berdade e na dignidade, na segurança econômica e com chances iguais”¹⁵.

Muito obrigada!

Bibliografia Consultada

- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2a. ed. 10. reimpr. São Paulo: Boitempo, 2009.
- ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. A sociedade de adoecimentos no trabalho. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 123, p. 407-427, jul./set. 2015, p. 407-427. Acesso em 20.04.2019: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n123/0101-6628-sssoc-123-0407.pdf>>
- HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 17ª. ed. São Paulo: Loyola, 2008
- OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018
- SIGNES, Adrián Todolí; Tradução: Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. *O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho*. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017
- SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014

15.. Declaração da Filadélfia, Art. II, a.

IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Suzana Maria Paletta Guedes Moraes (*)*

I – Introdução

Qualquer artigo ou pesquisa que se pretenda discutir o impacto de uma alteração legislativa, deve ter como pressuposto a seguinte pergunta: o que é impacto e qual tipo de impacto? Isso porque, se se quiser medir o impacto, há que se entender o vocábulo e ainda compreender a perspectiva do observador.

Impacto, no Dicionário Houaiss¹, pode ter os seguintes significados:

3.1 choque de um projétil ou de qualquer outro objeto com algo contra o qual foi lançado;

3.2 colisão de dois ou vários corpos, com existência de forças relativamente grandes durante um intervalo de tempo muito pequeno (...);

3.3 p.ext. o impulso transmitido em ou como que em uma colisão;

* Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Advogada trabalhista, Pós-graduada pela PUC – SP. Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Vianna Júnior (MG). Co-autora do livro Curso Prático de Direito do Trabalho. E-mail: smoraes@cugulaguedes.com.br.

1. Ver em <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>>. Acesso em 04.04.2019.

3.4 fig. impressão ou efeito muito forte deixado por certa ação ou acontecimento.

A Reforma Trabalhista, sem dúvida, impactou a normatização juslaboral brasileira. Mas que tipo de impacto foi causado por ela? Não sendo cabíveis as acepções literais do vocábulo, resta seu sentido figurado conforme o item 3.4, vale dizer, houve impacto na medida em que uma ação ou acontecimento causou – e vem ainda causando – um efeito muito forte. Portanto, ao se tratar de impactos da Reforma, deve-se ter em mente (i) o acontecimento e (ii) seu efeito.

O acontecimento ou fato social foi a iniciativa do Poder Legislativo em alterar a Consolidação das Leis do Trabalho. A chamada Reforma Trabalhista, trazida pela Lei 13.467/17, alterou profundamente o Direito do Trabalho brasileiro. Além disso, a Lei 6.019/74 também foi modificada no que diz respeito ao trabalho temporário, acrescentando ainda a normatização da terceirização.

Diante dessa profunda alteração, há quem diga que o uso da palavra “impacto” na acepção 3.2 seria mais adequado, afinal a Reforma teria vindo como se fosse um corpo que colide com outro num curto espaço de tempo. E assim, como se dá normalmente em colisões, os corpos envolvidos podem mudar de direção. É o que parece ter ocorrido, conforme se verá no presente artigo.

II – Efeitos do impacto

Tendo visto o que significa impacto, cabe agora indagar que tipo de efeito foi causado pelo impacto, ou seja, após a

ação legislativa, como ficou a relação empregado-empregador. Alguns efeitos ainda não podem ser devidamente mensurados – veja-se, por exemplo, o efeito jurisprudencial, cujas incertezas ainda não permitem uma compreensão clara dos limites (ou não) que o Poder Judiciário imporá ao novo texto legal. O fato de não se ter ainda uma jurisprudência consolidada é algo plenamente natural e esperado, considerando o fato de que a jurisprudência tem, afinal, a característica de depender do fator tempo para assentar as interpretações, as visões, as retóricas que envolvem a matéria em análise.

O impacto econômico, tampouco, deve ser um ponto seguro de análise, pois, apesar de poder haver efeitos na economia real (especialmente nos índices de desemprego do país), não é tarefa simples segregar a causa do desemprego quando a economia, como um todo, vem apresentando índices decepcionantes de recuperação depois de uma recessão de grande espectro.

Sendo assim, qual impacto, neste momento, poderia ser mensurado? Ora, no campo do Direito, uma análise possível seria apontar simplesmente onde ocorreram essas alterações. A segunda análise seria indagar, já sob uma perspectiva axiológica, se esta redistribuição de direitos e deveres se adequa à ideia geral de uma possível justiça distributiva, vale dizer, se realizar tal alteração estaria no âmbito do Poder Legislativo em seu papel distributivo ou se o Poder Legislativo agrediu princípios de Direito do Trabalho que poderiam proteger essa relação daquele tipo de interferência legislativa. A depender da resposta, poderemos pelo menos arriscar ter um melhor entendimento sobre o futuro da Reforma Trabalhista.

III – Alterações promovidas pela reforma trabalhista no direito individual do trabalho

Como dito acima, o ímpeto reformista foi grande e as mudanças se deram em vários pontos da relação de emprego.

Para efeito de melhor compreensão, façamos uma divisão dos assuntos afetados. São eles: grupo econômico; tempo à disposição do empregador; sócio retirante; extinção das horas “in itinere”; trabalho em regime de tempo parcial; compensação/banco de horas; jornada de 12 por 36; necessidade imperiosa; intervalo intrajornada; teletrabalho; férias; danos extrapatrimoniais; contratação de autônomo; empregado hiperssuficiente; sucessão de empregadores; trabalho intermitente; uniformes; salário; equiparação salarial; gratificação de confiança; extinção do contrato de trabalho (prazo e eliminação da assistência sindical); justa causa; distrato; quitação anual; gestantes e lactantes; terceirização. A popularmente chamada regra do “negociado sobre o legislado”, também pode trazer consequências para o direito individual, mas, por se tratar de regra procedimental de negociação, não será foco de nosso estudo.

Em termos preliminares, pode-se constatar que as novidades podem cair em uma das seguintes categorias: inovação legislativa, quando se legisla sobre fato até então não normatizado; redefinição, quando o instituto já existia, mas teve seus contornos alterados; essa redefinição poderá ser uma flexibilização, quando procedimentos e exigências legais foram suprimidas, desburocratizando ou facilitando a atuação empresarial. Como se verá, pode ocorrer ainda um fenômeno misto – e pouco observado pela doutrina – que une a inovação à flexibilização. Ele ocorreu quando havia um tema já consolidado pela

jurisprudência, mas que o legislador entendeu por bem tornar uma regra. Em se tratando de um assunto não legislado, mas jurisprudenciado (com o perdão do neologismo), ocorre então uma inovação legislativa, mas que merece uma atenção do analista, pois pode parecer, à primeira vista, que se trata de uma flexibilização de lei anterior, quando, na verdade, não havia lei, mas somente jurisprudência.

Dando início à análise, vejamos primeiramente o que foi alterado quanto ao grupo econômico. O parágrafo 2º do artigo 2º foi modificado para incluir a ideia de autonomia, algo que já era entendimento corrente no Poder Judiciário:

Pré-reforma	Pós-reforma
Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.	Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Já o parágrafo 3º foi acrescentado ao artigo 2º para limitar o conceito de grupo econômico, conforme se lê abaixo:

§3º – Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva

comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

No que diz respeito ao instituto do grupo econômico, houve uma redefinição legislativa dos limites conceituais, mesmo no caso de o parágrafo 2º já ser objeto de jurisprudência assentada. No caso, o que conta é o fato de que o legislador achou por bem estabelecer os limites na CLT, evitando-se as inconcórdias jurisprudenciais.

O artigo 10-A foi uma inovação legislativa incluída na CLT, tratando do sócio retirante. Apesar de o artigo 1.003 E 1032 do Código Civil ter redação assemelhada, trata-se de uma inovação na seara juslaboral.

No que diz respeito à jornada, houve uma ampla alteração, que se inicia pelo conceito de tempo à disposição, o qual também passou pelo que chamamos de redefinição. Isso porque, além do artigo 4º, §2º, explicitar uma série de atividades que não são tempo à disposição num rol exemplificativo, houve ainda a supressão das horas “in itinere”. Vale dizer, mesmo em se tratando de local de difícil acesso e não servido por transporte público (com condução fornecida pelo empregador), o tempo de deslocamento não é considerado tempo à disposição, como se lê na nova redação do artigo 58, §2º:

§2º – O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

O regime de tempo parcial também sofreu uma redefinição com a Reforma Trabalhista, alterando os limites horários e permitindo, sob condições, a possibilidade de horas extras. Embora se tenha permitido as horas suplementares, não se trata propriamente de uma flexibilização, a nosso ver, pois permanecem limites bastante rigorosos para esse tipo de contratação.

Já no que diz respeito ao regime de compensações, houve, sim, a flexibilização, tal como a entendemos no presente artigo. Em primeiro lugar, a compensação não é mais semanal, mas mensal, valendo ainda na modalidade tácita (o que não era aceito pela Súmula nº 85/TST), conforme se lê abaixo:

Art. 59 – § 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Também quanto ao banco de horas, houve alteração flexibilizante, pois afastou-se a necessidade de instrumento coletivo para sua pactuação quando limitado a 6 (seis) meses:

Art. 59 – § 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

Mais adiante, foi acrescentado o artigo 59-B, que também trata das consequências da compensação. Também aqui houve uma legislação que, a rigor, não altera tratamento normativo anterior, mas ataca o entendimento da Súmula nº 85/TST, senão vejamos:

Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

Houve ainda inovação ao se incluir o regime de 12 horas de trabalhado compensadas por 36 horas de descanso (o regime 12x36). Embora houvesse Súmula específica a respeito, essa modalidade compensatória não estava inserida na CLT. De qualquer forma, comparando-se o texto da Súmula nº 444/TST com o artigo 59-A, constata-se uma flexibilização. No entanto, tecnicamente, não se pode falar em flexibilizar aquilo que não era propriamente legislado, conforme já assentado acima, sendo, então, razoável incluir o regime de 12x36 entre as inovações legislativas contrárias à jurisprudência anterior:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Ainda quanto ao regime de 12x36, ele foi excepcionado da regra de exigência de licença prévia para a execução de horas extras em ambiente insalubre, de acordo com o texto do artigo 60, parágrafo único. Nesse caso, trata-se de caso de flexibilização direta do artigo 60 *caput*, que determinava a exigência de licença prévia sem quaisquer ressalvas.

No caso de horas extras por necessidade imperiosa (artigo 61), houve também flexibilização na medida em que se suprimiu a imposição de comunicar as horas extras ao Ministério do Trabalho, conforme nova redação do §1º.

O teletrabalho é um caso claro de inovação legislativa. Ele aparece, pela primeira vez, no artigo 62, III, que o exclui das regras relativas à jornada de trabalho, juntamente com o trabalho externo incompatível com controle e os cargos de chefia/confiança. Mais adiante, os artigos 75-A a 75-E tratam mais detalhadamente dessa nova figura, que tem como principal característica “*a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza não constituam como trabalho externo*” (segundo o artigo 75-B).

No que se refere aos intervalos, há a nova redação do artigo 71, a saber:

Art. 71- § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Pode-se dizer que se trata de uma redefinição, haja vista as dúvidas deixadas pela redação anterior do mesmo dispositivo. Contudo, levando-se em conta que havia uma Súmula do TST que trata especificamente sobre o tema de forma totalmente contrária a esta nova redação, não restam dúvidas que a regra contida nesse parágrafo 4º veio como uma clara flexibilização contra a jurisprudência consolidada do TST. A título de comparação, vejamos a Súmula 437/TST:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II – (...)

III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV – (...)

O novo texto da CLT alterou o entendimento do TST sobre o tema: no caráter indenizatório e no pagamento proporcional

ao tempo suprimido. Logo, trata-se de um caso de legislação que altera interpretação do Poder Judiciário.

Sobre as férias, houve flexibilização também, mais especificamente no que diz respeito à possibilidade de seu fracionamento. Na regra anterior, as férias deviam ser concedidas em apenas um período de 30 dias, sendo o fracionamento aceito excepcionalmente. Com a reforma, o fracionamento passa a ser permitido, desde que haja anuência do empregado, em até três períodos, sendo um de pelo menos quatorze dias e os demais de, pelo menos, cinco dias (art. 134, §1º). Em seguida, o parágrafo 2º autoriza a possibilidade de fracionamento a empregados maiores de 50 ou menores de 18 anos, o que era vedado na regra anterior.

Por outro lado, ainda sobre as férias, houve a inovação legislativa quanto ao dia do início do período de gozo. Agora, há a regra proibitiva de início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado. Trata-se de inovação que foi contrária à flexibilização já vista em outros pontos de alteração da CLT.

O regramento dos danos extrapatrimoniais também foi uma inovação da CLT, dado que inexistia qualquer dispositivo específico sobre este tema. Os artigos 223-A a 223-G vieram a definir, principalmente, os critérios para mensuração das quantias de dano extrapatrimonial, ou seja, nos casos em que ocorre *“ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica”* (texto do artigo 223-B). O artigo 223-G, §1º, é aquele em que ficaram estabelecidos quatro níveis paramétricos para as indenizações: leve, médio ou grave ou gravíssimo.

O artigo 394-A, que trata do afastamento da mulher gestante ou lactante do trabalho insalubre, é um caso de redefinição de limites. Antes da reforma, a gestante ou lactante era afastada, independentemente do grau de insalubridade. Já com a nova redação, o tratamento é o seguinte:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Vê-se, pois, que no inciso I, atividade insalubre em grau máximo, a empregada será afastada. Já nos demais casos, ela será afastada mediante atestado de médico de confiança da mulher.

O trabalho autônomo também foi objeto das alterações trazidas com a reforma. O artigo 442-B foi introduzido, estabelecendo que, cumpridas pelo autônomo todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, fica afastada a qualidade de empregado. O texto deste artigo é uma clara inovação legislativa, que impacta diretamente o reconhecimento de vínculo empregatício. A CLT não tinha nenhum tratamento específico a respeito do autônomo, tratando-se, pois, de caso de inovação legislativa.

A seguir, vem o trabalho intermitente, também indubitável uma inovação legislativa, incluído no artigo 443 *caput* e §3º, que assim define esse novo tipo de contratação:

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Mais adiante, o artigo 452-A traz o detalhamento desse trabalho intermitente, um evidente caso de novidade no nosso ambiente juslaboral.

Outra inovação legislativa é a figura do empregado hiperssuficiente. No caso do artigo 444, parágrafo único, ele é definido como aquele portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Nesse dispositivo, é estabelecido que, para as relações contratuais de trabalho entre empregador e empregado hiperssuficiente, as cláusulas respectivas podem ser objeto de livre estipulação para as hipóteses do artigo 611-A “*com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos*”, vale dizer, este empregado, por força de lei, teria condições soberanas de negociar com seu empregador sem as presunções paternalistas da CLT para os hipossuficientes. Ainda para o empregado hiperssuficiente, foi estabelecida a possibilidade de ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem (art. 507-A), sem que neste artigo conste a exigência do diploma de nível superior,

bastante a remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A sucessão de empregadores também foi objeto de alteração. Nesse caso, houve uma redefinição do instituto, tornando mais clara a regra aplicável à responsabilização empresarial. Na regra anterior, em razão do texto ser bastante genérico, No regramento anterior, ambas as empresas (sucessora e sucedida) poderiam ser responsabilizadas pelo passivo trabalhista. No novo modelo, apenas a empresa sucessora será responsável, salvo quando ficar comprovada fraude.

Assunto até então não legislado, o uso de uniformes também foi introduzido na CLT pela reforma, por meio do artigo 456-A. Trata-se de evidente caso de inovação legislativa, pois permite a inclusão de logomarcas próprias ou de terceiros, além de atribuir a responsabilidade pela limpeza aos empregados, salvo quando a lavagem fugir aos processos comuns para esse fim.

Sobre os salários, houve uma redefinição importante de seus limites. Se, antes da reforma, o caráter salarial era bastante abrangente, com a Lei nº 13.467/17 a situação mudou. A nova redação do artigo 457 determina que apenas o salário fixo, gratificações previstas em lei e comissões integram o salário. Diferentemente da redação anterior, a nova norma considera que ajudas de custo, auxílio-alimentação (vedado seu fornecimento em dinheiro), gratificações ajustadas (não previstas em lei), diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador não têm natureza salarial. Ainda nesse tópico, a ajuda de custo, o auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, as diárias para viagem, os prêmios e abonos não integram a remuneração

do empregado, não se incorporando ao contrato de trabalho. Essa redefinição tem o caráter de flexibilização, uma vez que diminuem os encargos do empregador.

A equiparação salarial também passou por uma redefinição flexibilizante. Em primeiro lugar, o artigo 461, *caput*, limita a equiparação salarial a empregados trabalhando no mesmo estabelecimento, ao passo que, anteriormente, bastava laborar na mesma cidade ou diferentes cidades na mesma região metropolitana, ainda que em estabelecimentos diferentes. O §1º do mesmo dispositivo veda a equiparação salarial com empregados que tenham mais de 4 anos de trabalho para o mesmo empregador, ou mais de 2 anos na função. No modelo anterior, havia apenas a limitação de 2 anos na função. A reforma dispensa também o registro no Ministério do Trabalho (hoje extinto) do quadro de carreira, dando mais liberdade para eleição dos seus critérios.

De um modo geral, a equiparação foi flexibilizada em favor da atividade empresarial, pois alterou algumas das regras que facilitavam que empregados conseguissem a isonomia salarial.

A gratificação para cargos de confiança foi objeto de inovação legislativa que reverte entendimento jurisprudencial pacificado, no caso, na Súmula 372 do TST. Dispõe a atual redação do artigo 468 da CLT:

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspon-

dente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função

A alteração do §2º vai de encontro ao que dispõe a referida Súmula, eliminando o direito à incorporação da gratificação de função, o que anteriormente era feito com base no princípio da estabilidade econômico-financeira.

Quanto à rescisão contratual, a nova redação do artigo 477 da CLT elimina obrigatoriedade de homologação da rescisão do contrato de trabalho e unifica em dez dias o prazo para pagamento das verbas rescisórias. Trata-se de mais um caso de redefinição que flexibiliza a relação empregado-empregador.

Uma inovação legislativa foi o acréscimo de uma nova hipótese de justa causa (art. 482 da CLT) relativa à perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Outra inovação foi a possibilidade de distrato prevista no artigo 484-A, ou seja, foi criada uma nova modalidade de rescisão, decorrente de acordo mútuo. Nesse caso, serão pagos pela metade o aviso prévio e a multa do FGTS devida ao empregado, sendo que o trabalhador terá direito a movimentar até 80% de sua conta vinculada do FGTS

Mais uma inovação foi aquela prevista no artigo 507-B, que é o termo de quitação anual perante o Sindicato da categoria profissional. Concedida a quitação – o que pode ocorrer na vigência ou depois do término do contrato de trabalho – o empregado não mais poderia pleitear nenhum direito que tenha sido objeto da quitação.

Finalmente, houve uma inovação da Lei nº 6.019/74 ao tratar da terceirização, que anteriormente tinha tratamento pela via jurisprudencial (Súmula nº 331/TST). A grande novidade, aqui, foi que a lei abriu a possibilidade de terceirização de atividade-fim (o que a Súmula não permitia) e estabeleceu limites para a admissão de empregados da empresa terceirizada ou seus sócios, estabelecendo um prazo de 18 (dezoito) meses.

IV – Legalidade da reforma trabalhista no âmbito do direito individual do trabalho

Terminada a análise puramente descritiva das inovações, redefinições e flexibilizações, há que se passar a uma possível compreensão axiológica dos impactos da reforma. De um modo geral, como em qualquer alteração legislativa pela via política, as forças antagônicas vão defender ou criticar qualquer mudança normativa. Mas para que essa crítica ou defesa não seja uma mera opinião sem base, a doutrina deve ter uma referência teórica que lhe sirva de apoio.

No presente artigo, o marco teórico será a teoria explanada pelo filósofo alemão Axel Honneth. Em sua obra, *Direito da Liberdade*, Honneth estabelece sua concepção de liberdade jurídica:

Como vimos, com o auxílio do poder de coação do Estado, os direitos sociais de participação e de liberdade garantidos com o auxílio do poder coercitivo do Estado servem principalmente ao propósito de assegurar a cada sujeito, em igual medida, um espaço de proteção individual, no seio do qual, e valendo-se de seu juízo, são ponderados, postos à prova e verificados seus próprios objetivos de

vida. Onde não se trata de proteção da vida e da integridade física, esses direitos devem facilitar ao indivíduo certos espaços, funções e atividades, e a ninguém será permitido se imiscuir, por mais que invoquem os objetivos mais plausíveis e recebam anuência coletiva².

Partindo dessa premissa, essa mesma liberdade garantida pelo Direito pode se tornar uma patologia, em que a capacidade de comunicação entre os atores sociais se dissolve em estratégias jurídicas. Nesse momento em que ocorre a “juridificação” da vida, o Direito interrompe a comunicação e afasta os interlocutores da elucidação discursiva dos motivos em conflito. Honneth prossegue, então, com seu raciocínio:

Mas se nos aferramos a uma posição desse tipo, não podemos sequer tentar realizar o que é bom para nossos objetivos essenciais; em vez disso, em certa medida devemos suspender toda intenção de autorrealização, pois para tanto decidimos atuar sobre os demais de maneira apenas estratégica e não mais levá-los em consideração para projetos comuns, cooperações ou relações³.

Nos termos do referido autor, a patologia social surgirá sempre que for relacionada com desenvolvimentos sociais que levem a uma deterioração das capacidades racionais de membros da sociedade ao participar da cooperação social de maneira competente. E a juridificação crescente das relações sociais estariam abrangidas por esse conceito:

2. Honneth, Axel. O direito da liberdade (Locais do Kindle 1861-18166). Ed. Martins Fontes, 2016.

3. *Ibidem*, locais do Kindle 1891-1894.

Mas somente quando pensamos nessas tendências do processo simultâneo de dirimir as questões públicas no campo do direito é que, talvez, podemos explicar por que foi possível chegar à primeira forma de uma patologia da liberdade jurídica: se nas democracias liberais do Ocidente, com disputas e conflitos sociais, os sujeitos cada vez mais tendem a planejar suas ações do ponto de vista de suas perspectivas de êxito diante de um tribunal, gradativamente perdem o sentido para os assuntos e propósitos não sujeitos a articulação jurídica.⁴

Enfim, segundo Honneth, a patologia estaria no mau uso da liberdade, na medida em que as partes já não mais agem com vistas à cooperação, mas perdem-se em atos que visam unicamente a um êxito diante dos tribunais – o que se pode ficar ainda mais grave quando isso escapa aos limites da Justiça e recaem para a própria existência.

Mas tão logo tais coerções à abstração escapam aos limites dos tribunais e começam a se estabelecer no cotidiano social, impõe-se, sucessivamente, um modo de comportamento no qual os sujeitos aprendem a observar suas próprias intenções e aquelas de suas contrapartes sob o aspecto de sua utilidade jurídica. Perde-se a capacidade de distinguir o primeiro plano estratégico e o pano de fundo da vida real na contraparte de interação, e a pessoa passa a ser vista apenas como soma de suas reivindicações jurídicas.⁵

É exatamente sob esse aspecto que se pode analisar as alterações trazidas pela reforma trabalhista de 2017. Como um norte geral, elas redefiniram institutos jurídicos ou flexibiliza-

4. *Ibidem*, locais do Kindle 2012-2014.

5. *Ibidem*, locais do Kindle 2022-2025

ram a relação empregado-empregador onde, a nosso ver, havia artificialismos que, ao invés de estimular a cooperação entre as partes, tornavam empregados e empregadores sujeitos essencialmente estratégicos com objetivo de êxito em ações.

Alguns exemplos saltam aos olhos e podem ser citados como amostra: a não aceitação do acordo de compensação tácito, o não parcelamento das férias para empregados com mais de 50 anos de idade, o pagamento somente do tempo suprimido do intervalo intrajornada como extra, a exigência de licença prévia das autoridades públicas para o trabalho além da 8ª no regime de 12x36, dentre outros. Em todos esses exemplos, cria-se um campo de conflitos, em vez de cooperação e diálogo. O caso da compensação de jornada era paradigmático: prática comum e que não supera as 44 horas semanais gerava direito pela simples ausência de um documento escrito, muito embora fosse de interesse para ambas as partes.

A análise também permite vislumbrar outro problema. Como vimos no item anterior, parte das inovações não vieram para flexibilizar as normas trabalhistas, mas, sim, as súmulas do TST. Isso demonstra que o ativismo judicial desse tribunal seguia um caminho contrário à maior liberdade entre as partes, estimulando disputas e litígios com base em direitos que, longe de essenciais, compunham um rol de filigranas artificiais.

Daí se pode extrair uma nova discussão, levantada na introdução. Em que pese o Poder Judiciário ter, cada vez mais, ganhado protagonismo em razão do uso frequente de juízos de valor, seu papel é, primordialmente, resolver conflitos entre empregados e empregadores, ou seja, aplicar a justiça corretiva. Mas, como um protolegislator pela via de súmulas, ele

se vê como um agente da justiça distributiva. Ocorre que esta cabe, sim, aos representantes votados para o Poder Legislativo, dentro dos limites do controle de constitucionalidade.

Sendo assim, a via democrática deve ser privilegiada em detrimento daquela via, segundo Robert Dahl, chamada quase-guardiania do Poder Judiciário. O problema dessa conduta paternalista de juízes é que o “eu” tem um acesso privilegiado às próprias particularidades e à própria singularidade, que escapa de um agente externo, por mais que este pretenda saber o que o outro pensa⁶ (DAHL, 2012, p. 160). Por isso mesmo, relembrando e refutando Platão e sua concepção da República, nenhuma elite iluminada é capaz de substituir a vontade do *demos*. O conhecimento tecnocrático do juiz do trabalho não pode substituir – a não ser nos casos de justiça corretiva – o agir dos interlocutores envolvidos. Diz Dahl:

Se boa ordem política exige que o demos não deva, em circunstância alguma, ter a oportunidade de errar, ao menos no que tange aos direitos e interesses fundamentais, pode surgir a tentação de supor que o demos e seus representantes devem ser restringidos pelos quase guardiães que, como verdadeiros guardiães, possuem conhecimento e virtude superiores. Todavia, se a melhor ordem política é aquela na qual os membros ganham, individual e coletivamente, maturidade e responsabilidade ao enfrentar escolhas morais, isso significa que eles devem ter a oportunidade de agir com autonomia. Assim como a autonomia individual necessariamente inclui a oportunidade de errar, bem como a de agir corretamente, isso também se aplica a um povo. Na medida em que um povo é privado da oportunidade de agir com au-

6. DAHL, Robert. A democracia e seus críticos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 160.

*tonomia e é governado por guardiães, ele tem menos probabilidade de desenvolver um senso de responsabilidade por suas ações coletivas*⁷. (2012, p. 306)

V – Conclusão

A conclusão é que, apesar de toda a polêmica (natural e esperada), as alterações trazidas pela reforma caminham, no geral, para uma maior liberdade de atuação dos agentes, diminuindo a patologia das estratégias jurídicas artificiais e os avanços da quase-guardiania do Poder Judiciário.

Se o presente artigo citou, de início, os possíveis significados do vocábulo *impacto*, pode-se arriscar uma interpretação inovadora e não prevista. O prefixo “im”, de origem latina, pode significar “para dentro”, como no seu uso nas palavras “importação” ou “imigração”. Dividindo-se, então, o “im” de “pacto”, chega-se a um novo significado: um pacto que é introduzido. Talvez seja essa a acepção que mais se aproxime do novo espírito da reforma: reintroduzir o pacto, a cooperação, entre empregados e empregadores, longe das patologias que apenas faziam abarrotar nossos tribunais.

7. *Ibidem*, p. 306.

A REFORMA TRABALHISTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Otávio Pinto e Silva**

Sumário

1. Introdução
2. Ações constitucionais sobre direito individual do trabalho
 - 2.1 Dano extrapatrimonial
 - 2.2 Terceirização
 - 2.3 Trabalho intermitente
 - 2.4 Atividade insalubre da gestante e da lactante
3. Ações constitucionais sobre direito coletivo do trabalho
 - 3.1 Contribuição sindical
4. Ações constitucionais sobre direito processual do trabalho
 - 4.1 Acesso à justiça
 - 4.2 Correção de depósito recursal
 - 4.3 Revisão da jurisprudência do TST
5. Conclusão
6. Bibliografia consultada

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Ação direta de inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

1. Introdução

A chamada “reforma trabalhista” foi elaborada e aprovada em meio a uma grave crise política e econômica, após a aprovação do impeachment da Presidente Dilma Rousseff. As

* Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Membro da Academia Paulista de Direito do Trabalho. Advogado. Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

mudanças vieram a partir de um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, encaminhado ao Congresso Nacional no final de 2016 pelo Presidente Michel Temer.

O referido projeto de lei inicialmente tinha um objeto bem restrito, limitando-se a tratar de poucos temas (tais como a terceirização, a negociação coletiva, a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho e as penalidades aplicadas pela inspeção do trabalho).

A rápida tramitação na Câmara dos Deputados resultou na aprovação de um substitutivo que ampliou significativamente os temas abordados, envolvendo mudanças no direito individual do trabalho, no direito coletivo do trabalho e também no direito processual do trabalho.

Encaminhado ao Senado Federal, o projeto foi apreciado por aquela que deveria cumprir o papel de uma casa revisora no sistema bicameral, mas que no entanto abdicou dessa atribuição e o aprovou sem fazer qualquer modificação no texto oriundo da Câmara.

Dessa forma, em julho de 2017 acabou sendo sancionada a Lei nº 13.467, em meio às sérias turbulências políticas vividas pelo governo diante das graves denúncias de corrupção enfrentadas pelo Presidente Michel Temer: naquele momento, ainda dependia de apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados o pedido de autorização de abertura de processo judicial em razão da acusação de ilícitos criminais que foi apresentada pelo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot.

As mudanças legais aprovadas foram bastante polêmicas e resultaram no ajuizamento de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, propostas por diferentes órgãos e entidades, com o objetivo de requerer ao Supremo Tribunal Federal o controle

concentrado da constitucionalidade das inovações introduzidas na ordem jurídica trabalhista pelo Congresso Nacional.

No presente artigo, pretende-se assim traçar um panorama geral dessas ações e examinar como o STF vem lidando com o tema, de importante repercussão na vida dos trabalhadores e na atividade das empresas, dos sindicatos, da Justiça do Trabalho e de todos os profissionais que atuam perante esse órgão do Poder Judiciário.

2. Ações constitucionais sobre direito individual do trabalho

As alterações da CLT introduzidas pela Lei 13.467/17 atingiram o direito material do trabalho em aspectos que regulam o contrato individual de trabalho, concebido como o negócio jurídico em virtude do qual o trabalhador ajusta com o empregador a prestação de serviços pessoais, contínuos, assalariados e subordinados. Contra essas alterações, foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade que serão examinadas a seguir.

2.1 Dano extrapatrimonial: ADI 5870

A lei 13.467/17 inseriu os artigos 223-A a 223-G da CLT, para buscar estabelecer o novo regime que passa a ser aplicado à **reparação de danos de natureza extrapatrimonial**. Estabeleceu o conceito legal como toda ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica gerando, no que se refere ao dever de indenizar, uma grande discussão teórica, na medida em que se adotou a premissa da “tarifação” do dano.

Com efeito, o art. 223-G da CLT, passa a prever no § 1º uma gradação para a indenização: se julgar procedente o pedido, o juízo fixará o valor a ser pago em um dos seguintes

parâmetros, de acordo com a gravidade da ofensa: I – natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II – natureza média, até cinco vezes; III – natureza grave, até vinte vezes; IV – natureza gravíssima, até cinquenta vezes.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou a ADI 5870, tendo sido sorteado como relator o Ministro Gilmar Mendes. A entidade argumenta que a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação do valor de indenização por dano moral (direito assegurado ao cidadão no inciso XXVIII, do art. 7º, da CF), sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição, uma vez que a restrição ao ofício judicante viola a independência dos juízes.

Invocou-se importante precedente, referente ao entendimento adotado pelo STF por ocasião do julgamento da lei de imprensa (ADPF nº 130). Naquela ocasião a Suprema Corte decidiu que **é inconstitucional a “tarifação” da indenização por dano moral decorrente de “ofensa via imprensa” à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas**. Na mesma linha, então, a “tarifação” da indenização por dano moral decorrente da “relação de trabalho” também se mostra inconstitucional.

A referência ao salário do ofendido poderia ser considerada proporcional para a correta fixação da indenização, mas na realidade **é preciso observar que esse critério** contraria o princípio da isonomia: afinal, a indenização decorrente de fatos que geraram o mesmo dano moral poderia resultar no pagamento de valores diferentes em razão do salário de cada ofendido. Tome-se como exemplo um acidente de trabalho envolvendo dois trabalhadores da mesma empresa, que leve à tetraplegia de ambos: o servente, por ter um salário menor, receberia in-

denização mais baixa do que o diretor, embora ambos tivessem passado pela idêntica situação.

Observe-se que no julgamento da lei de imprensa os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio abriram divergência e restaram vencidos: ambos sustentaram ser melhor a permanência de algum critério na lei à ausência de critério e foram contra deixar ao arbítrio dos membros do Poder Judiciário a fixação de qualquer valor a título de indenização, alegando que poderia o juiz fixar valor excessivo em favor do ofendido; ou, ainda, poderia fixar valor ínfimo, prejudicando o direito.

A Procuradoria Geral da República (PGR) exarou parecerem que opina pela procedência do pedido, sustentando a tese de que a tarifação legal prévia e abstrata de valores máximos para indenizações por danos extrapatrimoniais afronta o princípio da reparação integral do dano moral, sempre que nos casos concretos esses valores não forem bastantes para conferir ampla reparação ao dano, proporcionalmente ao agravo e à capacidade financeira do infrator (CF/1988, art.5º-V), inibindo o efeito pedagógico-punitivo da reparação do dano moral.

2.2 Terceirização: ADI 5685 (e outras em apenso)

No que se refere à prestação de serviços por meio de uma empresa em favor de outra, o ano de 2017 foi bastante tumultuado no Congresso Nacional, com a elaboração de duas leis que buscaram ampliar o conceito de terceirização: foram introduzidas alterações na Lei nº 6.019/74 (que regula o trabalho temporário), sendo que a primeira mudança se deu com a aprovação da Lei nº 13.429/2017 (em março), e a segunda com a Lei nº 13.467/2017 (em julho).

De acordo com a atual redação do art. 4º-A da Lei 6019/74, assim, considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

A ADI 5685 foi proposta pela Rede Sustentabilidade, tendo sido designado para relatar também o Ministro Gilmar Mendes. Foram apensados a este outras ações que vieram depois, a saber: ADI 5735, ADI 5695, ADI 5686 e ADI 5687.

Principais argumentos levantados são, inicialmente, da inconstitucionalidade formal da Lei 13.429/17, pois oriunda de projeto de lei retirado pelo Governo Lula e que foi colocado em votação em manobra parlamentar conduzida pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, o deputado Eduardo Cunha, já após o impeachment da Presidente Dilma Rouseff.

Sustentou-se na petição inicial da ação a incompatibilidade constitucional da terceirização de atividades finalísticas de empresas e entes públicos, eis que precariza o equilíbrio desejável nas relações laborais e implica tratamento desigual entre os trabalhadores terceirizados e os trabalhadores contratados diretamente pelo tomador, com violação à norma da isonomia do art. 5º da CF.

Assim, a norma que facilita a terceirização e prevê a possibilidade da elaboração de contrato entre duas pessoas jurídicas para a prestação de serviços estaria a negar a equivalência de valor entre trabalho e livre-iniciativa, contrariando a função social da propriedade privada (arts. 5º, XXIII e 170, III, da CF) e desconsiderando o primado do trabalho e os objetivos da ordem social (art. 193 da CF).

Em seu parecer a Procuradoria Geral da República (PGR) reconhece o vício de tramitação do processo legislativo que deve levar à declaração de inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.429/17 (a primeira das duas leis, aquela aprovada em março). No mérito, pede a declaração de inconstitucionalidade para afastar interpretação da expressão “serviços determinados e específicos” que admita terceirização de atividades finalísticas (empresas privadas e empresas estatais exploradoras de atividade econômica).

Ocorre que o texto legal que foi objeto de impugnação nessa ação já foi alterado e não mais subsiste, o que poderá levar à conclusão de que houve perda de objeto da ADI 5685, ainda mais quando se leva em conta que em 2018 o STF abordou o tema da terceirização em outras duas ações judiciais.

A primeira delas foi o RE 958252, em que era recorrente a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux. Em julgamento concluído em 30/08/2018, o STF aprovou o Tema 725 da repercussão geral e fixou a seguinte tese:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Paralelamente, foi julgada uma segunda ação, na mesma data, a saber: ADPF 324, de autoria da Associação Brasileira do Agronegócio (Abag), em que foi relator o Ministro Luis Roberto Barroso. A ação foi julgada procedente e o STF firmou a seguinte tese:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada;

2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

Registre-se que o relator deixou assente que a decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada.

De todo modo, fica claro que com o texto trazido pela reforma trabalhista para o bojo da Lei 6019/74 e com o teor das duas decisões do STF acima referidas, a terceirização ganhou espaço no Brasil, cabendo agora ao TST a revisão do teor da Súmula 331.

2.3 Trabalho Intermitente: ADI 5826 (e outra apensada)

A reforma trabalhista criou uma nova modalidade de contrato de trabalho, regulada nos artigos 443, § 3º, e 452-A da CLT: considera-se como **intermitente** o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Contrárias à introdução dessa nova modalidade contratual em nosso ordenamento jurídico, a Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo (FENEPROSPETRO) e a Federação Nacional dos

Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas (FENATTEL) ajuizaram a ADI 5826, tendo sido sorteado para relatar o Ministro Edson Fachin (e a ela foi pensada a ADI 5829).

Alegam as entidades sindicais que a nova legislação ofende direitos fundamentais sociais trabalhistas: não garante o pagamento do salário mínimo constitucionalmente assegurado para atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, submete o trabalhador a absoluta imprevisão da jornada laboral, compromete o direito à aposentadoria e inviabiliza o acesso do trabalhador dito “intermitente” ao programa social de seguro-desemprego.

Acrescentam ainda o argumento de que a regulamentação do trabalho intermitente transfere os riscos da atividade econômica ao trabalhador, ensejando-lhe profunda insegurança jurídica e social, em ofensa aos princípios da valorização social do trabalho e da função social da propriedade (art. 1º, IV e 5º, XXIII da Constituição). Ao estipular salário vinculado às horas efetivamente trabalhadas, a critério do empregador, sem garantia e sem previsão de jornada e salário mínimo, reduz o patamar constitucionalmente garantido de proteção social ao salário, afrontando o princípio da vedação do retrocesso social ou da proibição de retrocesso.

Em parecer exarado pela Procuradoria Geral da República (PGR), já na gestão de Raquel Dodge, opinou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido. Sustenta-se que a mera incorporação de modelo que difere da contratação convencional e o fato da prestação de serviços acontecer de forma descontínua não redundam em fragilização

das relações trabalhistas ou na diminuição da proteção social conferida aos trabalhadores.

A instituição da modalidade de trabalho intermitente não consubstancia ofensa ao princípio do não retrocesso, pois a inovação pode resultar em oportunidades e benefícios para ambas as partes envolvidas no vínculo de trabalho: empregadores e empregados.

Deve ser garantido o pagamento proporcional ao trabalho prestado, tomando-se como base o salário mínimo previsto para a jornada convencional. Desse modo, é assegurado o salário mínimo pelo tempo trabalhado (por valor horário, diário ou mensal) na mesma proporção do que deveria ser pago na contratação regular. Sendo assim, conclui a PGR que **não há** de se falar em ofensa ao texto constitucional.

2.4 Atividade insalubre da gestante e da lactante: ADI 5938

Outra alteração da CLT que gerou enorme polêmica foi a que estabeleceu, no art. 394-A, que sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos propôs ação direta de inconstitucionalidade que foi distribuída ao relator Ministro Alexandre de Moraes (ADI 5938).

Sustenta a autora que admitir a possibilidade de que trabalhadoras grávidas ou lactantes desempenhem atividades insalubres afronta a proteção que a Constituição atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho equilibrado.

Submetido à análise da Procuradoria Geral da República, esta deu parecer pela inconstitucionalidade, pois a Lei 13.467/17 “acabou por, temerariamente, transformar em regra a exposição ao risco, obstando as trabalhadoras e aos seus filhos a integral proteção assegurada pela Carta Magna e, ainda, desviando-se do objetivo maior das normas tutelares do meio ambiente laboral”.

Relator concedeu a medida cautelar em 30/04/2019, arrolando como principais argumentos para a sua decisão a presença do “*fumus boni juris*” a amparar a suspensão da eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” do art. 394-A, II e III, da CLT. A proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança: a *ratio* das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido.

Em julgamento realizado no dia 29 de maio de 2019 o STF, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade. Por maioria, confirmou a medida cautelar e julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A

da CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Relator, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio.

3. Ações constitucionais sobre direito coletivo do trabalho

A reforma trabalhista deixou muito a desejar no campo do direito coletivo do trabalho, não tendo avançado na busca de um modelo de liberdade sindical preconizado pela Convenção 87 da OIT. Mas as poucas mudanças inseridas também ensejaram a propositura de ações judiciais que foram submetidas ao plenário do STF.

3.1 Fim da obrigatoriedade da contribuição sindical: ADI 5794 e ADC 55 (além de outras ADIs em apenso)

Vários artigos da CLT foram alterados quando se referiam ao custeio da atividade dos sindicatos pela via da contribuição sindical.

Artigo 545 da CLT passou a prever que os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

Artigo 578 da CLT estipulou que as contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTTMAF)

questionou o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, em ADI que ganhou o número 5794, distribuída ao relator Ministro Edson Fachin.

Esse tema foi objeto de nada menos que outras 19 ações, que foram apensadas para julgamento conjunto: ADC 55, ADI 5912, ADI 5923, ADI 5859, ADI 5865, ADI 5813, ADI 5885, ADI 5887, ADI 5913, ADI 5810, ADI 5811, ADI 5888, ADI 5892, ADI 5815, ADI 5850, ADI 5900, ADI 5945, ADI 5950, ADI 5806.

Em julgamento realizado em 29 de junho de 2018 o STF julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e procedente o pedido formulado na ADC 55, tendo ficado vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Dias Toffoli. A maioria acompanhou o voto do Ministro Luiz Fux, a quem ficou a incumbência de redigir o acórdão.

Entre os principais argumentos das ADIs, podem ser apontados: vício formal do processo legislativo em razão da natureza jurídica tributária da contribuição sindical e a impossibilidade de sua alteração por lei ordinária; sistema de organização sindical brasileiro formado pelo tripé unicidade, representação universal da categoria e contribuição compulsória (art. 8º CF); direito social fundamental protegido como cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF).

Parecer PGR negou a existência de vício formal e sustentou que a lei enseja a extinção da compulsoriedade de recolhimento da contribuição sindical (art. 8º, IV, CF), o que implica supressão da natureza jurídica tributária e do caráter de contribuição de interesse das categorias econômica ou profissional (art. 149 da CF).

Por 6 votos a 3, o STF decidiu declarar a constitucionalidade do ponto da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical. Mas uma dúvida permaneceu: a questão da autorização individual ou coletiva para a cobrança da contribuição (tendo muitas entidades passado a sustentar que, mesmo após a decisão do STF, a autorização exigida pela nova legislação poderia ser coletiva, mediante aprovação em regular assembleia do sindicato).

Diante desse quadro, o Governo que tomou posse em 2019 resolver editar a Medida Provisória 873/19 exigindo autorização prévia, voluntária, expressa e individual do trabalhador, prevendo ainda alteração na forma de cobrança, que deveria passar a ser efetuada por meio de boleto bancário, sendo vedado o desconto em folha de pagamento.

Contra essa MP foi ajuizada a ADI 6098 pelo Conselho Federal da OAB, tendo sido sorteado para relatar o Ministro Luiz Fux, que adotou rito abreviado e propôs ao Pleno o julgamento do pedido de liminar. A OAB sustenta que o tema tratado não tem relevância ou urgência – como determina o artigo 62 da Constituição – a autorizar a edição de Medida Provisória. E argumenta que a norma, apesar de invocar a autonomia e a liberdade sindical como fundamentos, na verdade se choca com estes mesmos preceitos, impondo empecilhos que vão acabar por inviabilizar o funcionamento de milhares de entidades sindicais.

A ação da OAB foi pensada à ADI 6092, proposta pela Confederação Nacional das Carreiras Típicas de Estado e que foi a primeira de uma série de ações ajuizadas para arguir a inconstitucionalidade da referida MP.

4. Ações constitucionais sobre direito processual do trabalho

Por fim, a reforma trabalhista também atingiu dispositivos da CLT que regulam o processo do trabalho, resultando da mesma forma no ajuizamento de ações de inconstitucionalidade que questionam as mudanças introduzidas no sistema jurisdicional de solução de conflitos trabalhistas.

4.1 Acesso à Justiça: ADI 5766

No que se refere ao **benefício da justiça gratuita**, a Lei 13.467/17 alterou inicialmente o artigo 790, §3º da CLT para facultar aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Abandonou-se, assim, o critério anterior, que aludia a “salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal”.

Já o §4º do mesmo artigo 790 consolidado passou a exigir, para a concessão do benefício da justiça gratuita, a comprovação da insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (quando o texto anterior se limitava a impor a apresentação de declaração, sob as penas da lei, de que o trabalhador não estava em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família).

Observe-se que com a vigência do CPC/2015, o TST editou a Súmula nº 463 (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1), para prever no inciso I que a partir de 26.06.2017,

para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015).

Por ora ainda não houve alteração na referida Súmula, mas não se pode descartar que alguns magistrados venham a defender o seu desuso, em razão da nova redação do §4º do artigo 790 da CLT, sob a fundamentação de que estaria a exigir outra forma de comprovação da insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, não mais bastando a simples declaração.

Essa é, por exemplo, a interpretação de Manoel Antonio Teixeira Filho, para quem a atual redação do dispositivo legal “eliminou a possibilidade de o benefício da justiça gratuita ser concedido mediante a declaração do próprio interessado de que não se encontra em condições de arcar com as despesas processuais sem detrimento pessoal ou familiar”¹.

Quanto aos honorários periciais, o art. 790-B da CLT passou a ter nova redação, estabelecendo que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

Já o § 4º do mesmo artigo agora prevê que somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Homero Batista Mateus da Silva comenta que em muitos casos houve abuso postulatório quanto aos pedidos de adicional

1. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017, p. 76

de insalubridade, periculosidade ou de indenizações decorrentes de doenças ocupacionais, de forma que a nova norma teria sido uma “consequência flagrante numa reforma aprovada às pressas: retirada dos honorários periciais do âmbito da justiça gratuita e fechamento do cerco às isenções em série que eram e são concedidas”.²

Observe-se que o TST, antes da reforma trabalhista, havia editado a Súmula nº 457, para estabelecer que a União é a responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, mandando observar o procedimento disposto nos artigos 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

Com a nova redação da lei a União continua a ser a garantidora dos honorários periciais, mas apenas após o esgotamento das tentativas de se fazer a cobrança do próprio trabalhador.

Quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, a Lei 13.467/17 introduziu no processo do trabalho a questão da responsabilidade pelo seu pagamento, impondo-os até mesmo aos beneficiários da justiça gratuita (o que gerou muitas críticas, além de questionamentos quanto à inconstitucionalidade da novidade).

Nesse sentido, agora o artigo art. 791-A da CLT prevê que ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito

2. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 161

econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Ao fixar os honorários, o juízo deverá observar: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A ideia de impor à parte vencida o ônus de pagar os honorários advocatícios em favor do patrono da parte vencedora pode até ser saudada como benéfica por assegurar ao trabalhador o recebimento integral de seu crédito, sem a necessidade de sacrificar parte dos rendimentos para remunerar o trabalho de seu advogado. Mas o ponto a questionar é a repercussão que essa norma pode gerar quando à garantia fundamental de acesso à justiça, em especial quando se fala do trabalhador com insuficiência de recursos e, portanto, beneficiário do direito constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (artigo 5º, inciso LXXIV, CF).

O Deputado Rogério Marinho apresentou parecer na Comissão Especial da Câmara dos Deputados que apreciou o projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo, onde sustentou que “a entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária. Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho. Além disso, o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna-se com o princípio da

boa-fé processual e tira o processo do trabalho da sua ultrapassada posição administrativista, para aproximá-lo dos demais ramos processuais, onde vigora a teoria clássica da causalidade, segundo a qual quem é sucumbente deu causa ao processo indevidamente e deve arcar com os custos de tal conduta”³.

Em conformidade com esse entendimento, assim, o §4º do art. 791-A passou a prever que se o beneficiário da justiça gratuita for vencido, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa.

Essas obrigações somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade. Desse modo, tais obrigações do beneficiário se extinguem após passado esse prazo.

Homero Batista Mateus da Silva pondera que essa solução legislativa é uma quebra de paradigma do processo do trabalho, que sempre buscou o equilíbrio entre partes sabidamente desiguais, decorrentes de uma relação assimétrica. Assim, a nova norma sobre os honorários advocatícios “afastou-se um degrau a mais do princípio da gratuidade e da facilitação do acesso à justiça, mas temos de encarar a realidade de uma época em que o exercício da capacidade postulatória tornou-se uma caricatura de si mesma”⁴.

3. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=PRL+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016, acesso em 21/12/2018

4. Idem, p. 163

Por fim, outro dispositivo polêmico trazido pelo reforma trabalhista foi a previsão de pagamento de **custas processuais** pelo reclamante, na hipótese de sua ausência à audiência que leve ao arquivamento da reclamação trabalhista (§2º do artigo 844 da CLT).

Nesse caso, a norma prevê que o reclamante será condenado ao pagamento das custas (calculadas na forma do artigo 789 da Consolidação), ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

De acordo ainda com o §3º do referido artigo 844 da CLT, o pagamento das custas a que se refere o §2º passa a ser condição para a propositura de nova demanda.

Assim, deve o juiz, em caso de ausência injustificada do reclamante, que leve ao arquivamento da ação, abrir prazo de quinze dias para a apresentação de justificativa, sendo cabível a condenação no pagamento de custas apenas se esta não for apresentada. Sendo o reclamante beneficiário de justiça gratuita, no entanto, fica a dúvida: poderia o juiz condená-lo no pagamento dessas custas?

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado sustentam que uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica “conduz à conclusão de que o dispositivo atinge, sim, todos os reclamantes injustificadamente faltosos à audiência inaugural, salvo aqueles que o Poder Judiciário declarar serem beneficiários da Justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, CF)”, de modo que nessa hipótese a resposta à pergunta seria negativa.⁵

5. DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017, p. 345

Diante todas essas expressivas alterações legais, o então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal (STF) em agosto de 2017.

Trata-se da ADI 5766, fundamentada no entendimento de que as alterações introduzidas na CLT impõem “restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho”.

Segundo a tese defendida pelo procurador, as normas violam as garantias constitucionais de amplo acesso à jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados.

A ação sustenta que com o propósito de desregulamentar as relações trabalhistas e o declarado objetivo de reduzir o número de demandas na justiça, a Lei 13.467/2017 inseriu 96 disposições na CLT, com intensa desregulamentação da proteção social do trabalho e redução de direitos materiais dos trabalhadores.

Assevera que a Constituição de 1988 consagra a garantia de amplo acesso à jurisdição no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, que tratam dos direitos a inafastabilidade da jurisdição e a assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados.

Afirma que na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram as garantias de amplo e igualitário acesso à Justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista, impondo o pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.

A ADI requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 790-B da CLT (caput e parágrafo 4º), que responsabiliza a parte sucumbente pelo pagamento de honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Na redação anterior da norma, os beneficiários da justiça gratuita estavam isentos; mas com a nova redação, a União somente custeará a perícia quando o beneficiário não tiver auferido créditos capazes de suportar a despesa, “ainda que em outro processo”. Assinala que o CPC/15 não deixa dúvida de que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

O procurador geral também o impugnou o artigo 791-A, que considera devidos honorários advocatícios de sucumbência por beneficiário de justiça gratuita, sempre que tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. A seu ver, a gratuidade judiciária ao trabalhador pobre equivale à garantia inerente ao mínimo existencial compatível com o princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF), de modo que ao pleitear na Justiça do Trabalho o adimplemento de direitos trabalhistas, os trabalhadores com baixo padrão salarial buscam satisfazer prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e à da família.

A ação ainda questiona o dispositivo que responsabiliza o beneficiário da justiça gratuita pelo pagamento de custas caso o processo seja arquivado em razão de sua falta à audiência, até como condição para ajuizar nova demanda (artigo 844, parágrafo 2º), sustentando que o novo CPC, ao tratar da extinção do processo sem julgamento de mérito, atribui ao demandante desistente responsabilidade pelo pagamento de custas e

despesas processuais proporcionais, mas não imputa essa responsabilidade ao beneficiário da justiça gratuita.

Quanto ao mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade das regras questionadas, de forma a afastar a eficácia da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, no caput e no parágrafo 4º do artigo 790-B da CLT; da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” no parágrafo 4º do artigo 791-A da CLT; e da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” no parágrafo 2º do artigo 844 da CLT.

Em 10 de maio de 2018 o STF iniciou a apreciação com a apresentação do voto do Ministro Luis Roberto Barroso (Relator), que propôs julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses:

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários.

2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias.

3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

Na sequência, o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto para declarar a ineficácia dos dispositivos impugnados em ra-

ção da integral procedência da ação, quando então o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista dos autos apresentado pelo Ministro Luiz Fux (que após um ano, ainda não chegou a apresentar seu voto).

A tese do relator, ao que se depreende, é muito original e criativa, pois estabelece condições para o acesso à justiça e o tratamento da gratuidade que, em verdade, não estão na lei, de modo que o ilustre Ministro está quase a exercer a atividade de um parlamentar, buscando legislar...

Observe-se que as Varas do Trabalho em todo o Brasil receberam 1.465.621 processos novos no período de janeiro a outubro de 2018, o que significou uma redução de 35,5% no primeiro ano de vigência da Lei 13.467/17, em conformidade com o relatório divulgado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST⁶.

Essa ADI, a meu ver, é de suma relevância para a Justiça do Trabalho, pois a depender de sua solução final teremos ou não uma retomada do número de ações trabalhistas, diante do risco econômico que a nova legislação trouxe para o trabalhador desprovido de recursos.

Lembrando as lições de Kazuo Watanabe, podemos estar diante do fenômeno por ele denominado de “litigiosidade contida”: conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado⁷.

Afinal, essa expressiva diminuição da quantidade de processos não pode ser atribuída ao cumprimento espontâneo da legis-

6. <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/de0687db-ec3e-5831-247d-80ff13580397>, acesso em 21/12/2018

7. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo, Editora RT, 1987, p. 21

lação trabalhista: como aponta Jorge Pinheiro Castelo, é possível que estejamos diante da “reintrodução do sistema de litigiosidade contida”, em que os pobres são tratados “como subclasse excluída que sequer devem ter direito de acesso à justiça”⁸.

Se por um lado a condenação nos honorários advocatícios de sucumbência pode ser vista como uma medida benéfica (por assegurar ao trabalhador o recebimento integral de seu crédito, sem a necessidade de sacrificar parte dos rendimentos para remunerar o trabalho de seu advogado), por outro lado, a reforma trabalhista trouxe um problema muito delicado: a possibilidade de condenação do beneficiário de justiça gratuita no pagamento de honorários à parte contrária, em caso de improcedência da ação.

Sob a perspectiva de acesso à Justiça, portanto, pode-se concluir que a introdução da obrigação de pagamento de custas judiciais, honorários de peritos ou honorários de sucumbência, mesmo em relação aos beneficiários de justiça gratuita, se mostra bastante prejudicial aos trabalhadores.

Nesse sentido, é perfeitamente compreensível o justo receio de trabalhadores e seus advogados em propor uma reclamação trabalhista quando houver dúvida sobre a capacidade de produção das provas dos fatos alegados, ou mesmo sobre a própria existência do direito (em casos que dependam de prova técnica, como os de periculosidade, insalubridade ou doenças profissionais).

Aconselhável desse modo a revisão das normas, seja pelo STF (na ADI em tramitação), seja pelo Congresso Nacional, para evitar que se impeça o acesso à Justiça em relação ao tra-

8. CASTELO, Jorge Pinheiro. *Panorama geral da reforma trabalhista*, vol. II. São Paulo: LTr, 2018, p. 96

balhador, em especial daquele que comprovar a insuficiência de recursos para demandar sem prejuízo do próprio sustento.

4.2 Correção de depósito recursal: ADI 5867

A Lei 13.467/17 alterou o art. 899, § 4º da CLT para passar a prever que o depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

Contra esse dispositivo a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade que ganhou o número 5867 e foi encaminhada ao Ministro Gilmar Mendes para relatar.

Foram elencados como principais argumentos os de que a Lei não pode impor atualização/remuneração do valor objeto de depósito recursal (espécie de depósito judicial) por índices da poupança, que podem ser alterados pelo Poder Executivo. Afinal, isso pode gerar a redução do valor real quantia depositada e impedimento de que seja remunerada adequadamente, com violação do direito de propriedade das partes litigantes em benefício da Caixa Econômica Federal (única recebedora dos depósitos recursais).

O parecer da PGR foi pelo conhecimento da ação e pela procedência parcial do pedido, pois a correção monetária dos depósitos judiciais e dos créditos decorrentes de condenação na Justiça do Trabalho pela TR (artigos. 899, §4º e 879, §7º da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017) ofende o direito fundamental da propriedade (art. 5º-XXII da CF) de jurisdicionados trabalhistas. O índice não é capaz de eliminar a defasagem entre o valor nominal e o valor real da moeda.

A atividade legiferante contrariou o princípio constitucional da isonomia (art. 5º-caput) pela eleição de pessoas (jurisdi-

cionados trabalhistas), fatos ou situações (processos trabalhistas e o ramo especializado do Poder Judiciário) como desiguais, sem qualquer elemento interno diferenciador, ou correlação lógica entre o fato gerador e a consequência.

Assim, conclui a PGR que se o legislador estabeleceu critério inconstitucional de correção monetária, impõe-se ao Poder Judiciário, por imperativo de ordem pública, a determinação de índice que propicie a recomposição do valor real da moeda, razão pela qual sugere adoção do IPCA-E do IBGE, sob pena de se admitir a perpetuação de afronta a direitos fundamentais ou inconstitucionalidade ainda mais grave pela ausência de critério de atualização.

Desse modo, opina pelo conhecimento da ação e pela procedência parcial do pedido, para fins de declaração de inconstitucionalidade material da expressão “com os mesmos índices da poupança”, constante do art. 899-§4º, e, por arrastamento, da expressão “pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei 8.177, de 1º de março de 1991”, constante do art. 879-§7º, e do art. 39 da Lei 8.177/91, determinando-se, ainda, a observância do IPCA-E do IBGE para a atualização monetária de depósitos judiciais e de créditos decorrentes de condenações na Justiça do Trabalho.

4.3 Regras para consolidação da jurisprudência do TST: ADC 62

Trata-se de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) com pedido de liminar que foi ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, pela Confederação Nacional do Turismo – CNTUR e pela Confederação

Nacional do Transporte – CNT tendo por objeto o art. 702, I, f e § 3º e § 4º, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

A reforma trabalhista inseriu dispositivo na CLT para prever que compete ao Pleno do TST estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.

A lei passou a prever, ainda, que as sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Para a Comissão Permanente de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST, os dispositivos introduzidos pela reforma trabalhista são inconstitucionais, na medida em que a matéria acerca dos critérios a serem adotados para a uniformização da jurisprudência é afeta à competência privativa dos tribunais (cujos regimentos internos, nos termos da Constituição, devem dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos).

Em razão disso, às vésperas do julgamento pelo TST do incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pelo Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro (ArgInc-696-25.2012.5.05.0463), as confederações patronais ajuizaram a ADC 62, apontando a existência de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade da norma constante do art. 702, I, f, da CLT.

Sustentam que a regra traz um nível de segurança muito maior para todos os que, de algum modo, se sujeitarão aos efeitos da criação, revisão ou cancelamento de uma súmula ou enunciado de jurisprudência na Justiça do Trabalho, de modo que os novos requisitos seriam proporcionais e razoáveis, tudo de forma a permitir a consolidação de um entendimento jurisprudencial maduro que trará mais previsibilidade para a prestação jurisdicional.

A ADC foi distribuída ao Ministro Ricardo Lewandowski, sendo que o TST suspendeu então o julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade para aguardar a posição do STF a respeito, paralisando dessa maneira toda a revisão de sua jurisprudência.

5. Conclusão

Diante de todo o exposto, o que se percebe é que a forma atabalhoada como foi debatida e aprovada a reforma trabalhista de 2017 gerou grande insegurança jurídica, com inúmeros questionamentos da validade das normas introduzidas em nosso ordenamento jurídico.

O STF foi chamado a examinar a constitucionalidade de vários dos novos dispositivos legais criados pelo legislador, o

que na prática trouxe muita incerteza para trabalhadores, sindicatos, empregadores e todos os que atuam na Justiça do Trabalho, na medida em que existem diferentes interpretações e visões sobre as normas inseridas em nosso ordenamento jurídico, pairando a dúvida a respeito de várias delas. Vale dizer, ficamos todos à espera da manifestação do tribunal que, ao fim e ao cabo, é o guardião da Constituição.

6. Bibliografia Consultada

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. Panorama geral da reforma trabalhista, vol. II. São Paulo: LTr, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
- GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Petição inicial e resposta do réu*. São Paulo: LTr, 1996.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo, Editora RT, 1987.