

## **ORGANIZADORES**

Luis Felipe do Nascimento Moraes  
Janaína Silveira Soares Madeira

# **ANAIS**

## **II CONGRESSO DE DIREITO DO TRABALHO DA UNIVILLE:**

Reforma Trabalhista e Previdenciária



2018

**II CONGRESSO DE DIREITO DO TRABALHO DA UNIVILLE:**  
Reforma Trabalhista e Previdenciária

**COMISSÃO CIENTÍFICA**

Presidente: Professor Doutor Luis Felipe do Nascimento Moraes  
Vice-presidente: Professora Mestranda Janaína Silveira Soares Madeira

**MEMBROS**

Professora Especialista Anna Lethicia dos Santos  
Professor Mestre Carlos Alberto Hartwig  
Professor Doutor Cláudio Melquiades Medeiros  
Professor Mestre Cloves Fernandes Barbosa  
Professor Mestre Luiz Gustavo Assad Rupp  
Professor Especialista Wilson Furtado

**COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO DA UNIVILLE**

Coordenador: Waldemar Moreno Júnior  
Vice-coordenador: Cláudio Melquiades Medeiros  
Coordenadora Pedagógica: Beatriz Regina Branco

ISBN 978-85-8209-080-0

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da Univille

C749a Congresso de direito do trabalho da Univille: reforma trabalhista e previdenciária (2. : 16-18 maio. : 2017 : Joinville, SC)  
Anais do II Congresso de direito do trabalho da Univille: reforma trabalhista e previdenciária / Organização: Luis Felipe do Nascimento Moraes e Janaína Silveira Soares Madeira. – Joinville, SC : Editora UNIVILLE, 2018.

87 p. : il.; 30 cm

1. Direito. 2. Direito do trabalho. 3. Direito previdenciário. I. Moraes, Luis Felipe do Nascimento (org.) . II. Madeira, Janaína Silveira Soares (org.).

CDD 340

Elaborada por Christiane de Viveiros Cardozo – CRB 14/778

O conteúdo destes anais é de exclusiva responsabilidade dos(as) seus(suas) autores(as).



**Fundação Educacional da Região de Joinville – Furj –  
Mantenedora**

**Presidente**

Sandra Aparecida Furlan

**Vice-Presidente**

Alexandre Cidral

**Diretor Administrativo**

José Kempner

**Universidade da Região de Joinville – Univille –  
Mantida**

**Reitora**

Sandra Aparecida Furlan

**Vice-Reitor**

Alexandre Cidral

**Pró-Reitora de Ensino**

Sirlei de Souza

**Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação**

Therezinha Maria Novais de Oliveira

**Pró-Reitora de Extensão e Assuntos Comunitários**

Yoná da Silva Dalonso

**Pró-Reitor de Infraestrutura**

Claiton Emilio do Amaral

**Diretor do *Campus* São Bento do Sul**

Gean Cardoso de Medeiros

**Parque de Inovação Tecnológica de Joinville e Região –  
Inovaparq – Mantida**

**Diretor Executivo**

Victor Rafael Laurenciano Aguiar



**Produção editorial**

Editora Univille

**Coordenação geral**

Andrea Lima dos Santos  
Schneider

**Secretaria**

Adriane Cristiana  
Kasprowicz

**Revisão**

Viviane Rodrigues

**Diagramação**

Rafael Sell da Silva

## SUMÁRIO

	<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>5</b>
<b>ARTIGO ESPECIAL DE ABERTURA DOS ANAIS: PERSPECTIVAS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO</b>	Oscar Krost	<b>6</b>
<b>A EMPREGADA GESTANTE OU LACTANTE NO AMBIENTE INSALUBRE: uma reflexão sobre o art. 394-A da CLT à luz da reforma trabalhista</b>	Alessandra Valverde da Silva e Myrrena Inácio	<b>13</b>
<b>A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA</b>	Alessandro de Jesus	<b>21</b>
<b>A EFICÁCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS</b>	Andressa Karoline da Silva	<b>28</b>
<b>CONTRATO DE TRABALHO EM REGIME DE TEMPO PARCIAL: um contrato desconhecido e que sofrerá consequências com a Lei n.º 13.467/17</b>	Anna Maria Reginini Giacomini	<b>35</b>
<b>A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E O DIREITO DO TRABALHO</b>	Bruna Prim da Silva	<b>40</b>
<b>TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHADOR TEMPORÁRIO E OS EFEITOS NO SETOR PRIVADO</b>	Ethieny Vieira Pereira, Gabriela Briesemeister e João Vitor Schier Martins	<b>48</b>
<b>REFORMA TRABALHISTA E O PAPEL DO SINDICATO: prevalência do negociado sobre o legislado e inconstitucionalidade</b>	Fernando Ramos de Oliveira	<b>58</b>
<b>A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO ANTE A CRISE ECONÔMICA</b>	Gustavo Maurício Lenzi	<b>62</b>
<b>A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO</b>	Lariane Cristine dos Santos, Simone Feuser e Thaís Bastian Consiglio	<b>70</b>
<b>A (IN)EFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL</b>	Suiany Zimermann Bail	<b>79</b>

## APRESENTAÇÃO

O **II Congresso de Direito do Trabalho da Univille** foi realizado entre os dias 16 e 18 de maio de 2017 e representou projeto para aproximar o corpo discente e o corpo docente dos pilares universitários: o ensino, a pesquisa e a extensão. Foi um evento que abordou de forma ampla os temas da reforma trabalhista e previdenciária.

O **II Congresso de Direito do Trabalho da Univille** buscou ser um espaço de debate democrático e contou com seis conferências, a saber: *O novo CPC e o Direito Processual do Trabalho – novos instrumentos para jurisdição efetiva*, proferida pelo Dr. Luis Fernando Silva de Carvalho, professor e juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região; *Reforma trabalhista e a proposta de novo modelo de terceirização*, proferida pelo Dr. Guilherme Kitschig, professor e procurador do trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região; *A proposta de supremacia do negociado sobre o legislado*, proferida pelo Dr. Rogério Dias Barbosa, professor e juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região; *O que devemos saber sobre a reforma previdenciária?*, proferida pelo Dr. Caio Auada, advogado especialista em direito previdenciário e egresso do Curso de Direito da Univille; *PJE, criação, implantação e evolução*, proferida pelo Dr. Paulo Cristovão Filho, professor e juiz federal do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região, e *Perspectivas do Direito Processual e Material do Trabalho*, proferida pelo Dr. Oscar Krost, professor e juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região.

Como parte da programação, foi realizado o lançamento do livro *O lado avesso da reestruturação produtiva – a “terceirização” de serviços por “facções”*, do autor Dr. Oscar Krost, professor e juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região.

No **II Congresso de Direito do Trabalho da Univille** realizaram-se chamada de artigos para publicização e debates de pesquisas jurídicas pela comunidade acadêmica de Joinville e região. Como resultado, nestes anais encontram-se os trabalhos aprovados na mostra de pesquisa.

Agradecemos a todos os participantes do **II Congresso de Direito do Trabalho da Univille** que contribuiram para a realização de um evento especial, principalmente no ano em que o curso de Direito da Univille comemora 20 anos.

**Professores Luis Felipe do Nascimento Moraes e  
Janaína Silveira Soares Madeira**  
Presidente e Vice-Presidente da Comissão Científica

ARTIGO ESPECIAL DE ABERTURA DOS ANAIS

**PERSPECTIVAS DE DIREITO MATERIAL E  
PROCESSUAL DO TRABALHO**

Oscar Krost<sup>1</sup>

6

*“A história é um labirinto, onde nos perderemos, às voltas com fatos isolados, se não carregarmos uma bússola capaz de orientar-nos a respeito da posição de cada um deles na estrutura e no processo.”*

Roberto Lyra Filho (1999, p. 50)

**INTRODUÇÃO: AGRADECIMENTOS E PARÂMETROS**

Inicialmente, o meu sincero agradecimento à Univille pela oportunidade de estar aqui, na presença de todos vocês, no **II Congresso de Direito do Trabalho: Reforma Trabalhista e Previdenciária**, o que o faço na pessoa da estimada **professora Janaína Silveira Soares Madeira**, cujo convite muito me honrou.

Se a chance de analisar as perspectivas do Direito Material e Processual do Trabalho para os próximos anos se mostra gratificante e desafiadora, assim o faço mais como uma espécie de finalizador, pouco acrescentando, pois desde o último dia 16 já foram tratados temas centrais, como Novo Código de Processo Civil (NCPC), Processo Judicial Eletrônico (PJe), “terceirização”, primado do negociado sobre o legislado e reforma previdenciária por profissionais da mais alta qualificação e renome, integrantes das principais carreiras do meio jurídico (Magistério, Advocacia, Ministério Público e Magistratura).

Minha singela contribuição se resume em contextualizar a formação e o desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil, examinar a relação entre os temas abordados pelos palestrantes que me antecederam e, por derradeiro, abordar o impacto das mudanças em curso para o futuro próximo da sociedade brasileira.

---

<sup>1</sup> Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região/SC. Professor convidado dos cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Associação dos Magistrados do Trabalho em convênio com a Universidade Regional de Blumenau (Amatra/Furb) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc). Tutor de cursos de Ensino a Distância (EAD) promovidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região/SC. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional de Blumenau (Furb). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (Ipeatra), do Laboratório de Estudos Contemporâneos (LEC/Furb) e da comissão editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12.<sup>a</sup> Região/SC, n.<sup>os</sup> 27, 28 e 29, anos 2014/2015, 2016 e 2017. Contato: oscarrost@hotmail.com.

## HISTÓRICO DO “PÊNULO TRABALHISTA”: TUTELA X LIBERDADE

O Direito do Trabalho, como sistema de normas jurídicas positivadas, assim entendidas não apenas as regras em sentido estrito (Constituição, leis, decretos, medidas provisórias), mas também os Princípios, é fruto da luta e do embate entre as classes trabalhadora e capitalista. Não houve outorga/concessão de direitos pelas elites ou mesmo de parte do Estado, como falaciosamente se propaga no país desde os anos 1940, a partir da publicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943. Sobre o tema, essencial a obra da magistrada **Magda Biavaschi**, na qual, além de pesquisar acervos históricos de processos do TRT4, a fim de comprovar a origem pretoriana de várias regras posteriormente editadas, chegou até mesmo a entrevistar pessoalmente o ministro **Arnaldo Süssekind**, último autor vivo, à época, da CLT (BIAVASCHI, 2007).

Ocorre que na marcha da história não há passos em um único sentido. Alternam-se períodos de avanço e de estagnação no campo social, e pode haver, ainda, alguns retrocessos, dando margem a conquistas pelo capital, tornando mais ou menos visível a luta de classes.

Se as décadas de 40 e 50 do século XX foram marcadas por progressos normativos em matéria trabalhista (CLT e constitucionalização dos Direitos Sociais Trabalhistas pelas **Cartas Políticas de 1934, 1937 e 1946**, assegurando, por exemplo, o direito à isonomia salarial, à limitação de jornada, às férias, ao repouso semanal e à indenização por acidentes de trabalho)<sup>2</sup>, o período seguinte, de 60, 70 e 80, teve por característica a flexibilização e a desconstrução de diversos direitos, também em seara legal. Nessa situação encontra-se a estabilidade decenal no emprego, paulatinamente substituída pelo regime do FGTS (**art. 492 da CLT, Lei n.º 5.107/66 revogada pela Lei n.º 8.036/90 e Constituição de 1988, art. 7.º, inciso III**)<sup>3</sup>.

Já a década de 90 foi marcada por um cenário de incremento ainda maior da flexibilização, porém não mais promovida pelo Poder Legislativo. O Judiciário, nesse período, foi o responsável por (re)construir, a cada caso concreto, o efetivo sentido das normas laborais (regras e Princípios). Foi um período em que acabaram editadas diversas súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), contrariando o entendimento majoritário das reiteradas decisões das instâncias originárias, em movimento descendente, de cima para baixo, em algumas matérias praticamente legislando.

Nesse particular, destaquem-se as **Súmulas n.ºs 310 e 331**<sup>4</sup>, ambas de 1993, tendo a primeira sido cancelada pela **Resolução n.º 121/2003**, versando, respectivamente, sobre os requisitos/hipóteses de o sindicato atuar como substituto processual em defesa dos interesses dos membros da categoria e acerca das possibilidades lícitas de promover a “terceirização” de serviços.

Após o ano 2000 houve uma mudança significativa no quadro de Ministros do TST e dos procedimentos até então adotados pela Corte. Passaram a ocorrer revisões periódicas dos verbetes (Orientações Jurisprudenciais e Súmulas), com cancelamentos e alterações de redação, acentuando um viés mais protetivo ao trabalhador.

Esclareço, por oportuno, que nunca houve um pensamento único de parte da Magistratura Trabalhista, em nenhuma das décadas mencionadas. Pode-se afirmar, contudo, a existência de uma tônica maior pela proteção do trabalho ou pela liberdade negocial, por assim dizer, opinião pessoal e pela qual me responsabilizo integralmente, não amparada em dados estatísticos nem em números objetivos, sendo fruto da vivência e da observação empírica.

<sup>2</sup> O inteiro teor de todas as Constituições brasileiras encontra-se disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

<sup>3</sup> A Constituição de 1988 extinguiu a possibilidade de o empregado “optar” no ato da admissão por um dos dois regimes jurídicos, hipótese apenas formal, pois a “escolha” pelo sistema estabilitário inviabilizava, via de regra, as contratações, encerrando, portanto, essa possibilidade para novos contratos.

<sup>4</sup> Redação atual das Súmulas do TST disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

## DIREITOS SOCIAIS E PROCESSO JUDICIAL

Feito esse singelo apanhado histórico, questiono: qual a relação objetiva entre “terceirização”, primado do negociado sobre o legislado e reforma da Previdência Social, temas aqui tratados?

De início, deve-se recordar ser o Direito Trabalhista irmão gêmeo do Direito Previdenciário, cujas origens remontam à primeira metade do século XX, embora existam registros anteriores, de regras esparsas. Ambos integram o núcleo de Direitos Fundamentais de Segunda Geração, também chamados Sociais, ao lado dos direitos a educação, saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, de acordo com o **art. 6.º da Constituição**<sup>5</sup>.

Sua constitucionalização, no Ocidente, remonta à Carta Política Mexicana de 1917, que este ano completa 100 anos, **sendo até mesmo homenageada em evento a se realizar na Universidade Regional de Blumenau (Furb), em 1.º de junho próximo, com a participação da Professora Mylai Burgos Matamoros, para o qual todos estão desde já convidados**, e à Carta Alemã de 1919, traduzindo, em apertada síntese, um pacto mais amplo de solidariedade. Nesse sentido, o Estado deixa de ser um mero garantidor do exercício das liberdades individuais, atuante no aspecto formal das relações (Estado Liberal Clássico), passando a se responsabilizar por prestações positivas, relevantes para a satisfação de necessidades elementares, atingindo o lado material (Estado de Bem-Estar Social). No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar regras referentes ao trabalho.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Laboral significou um passo à frente na implementação dos valores-lemma da Revolução Francesa de 1789, para além da liberdade. Teve-se por objetivo abranger, ainda, no mesmo grau de importância, a igualdade e a fraternidade.

Nesse cenário, as normas de Direito do Trabalho visam assegurar condições mínimas ao exercício profissional daquele que provê seu sustento e o de sua família, por meio da alienação da força de trabalho a outrem, de forma subordinada, pessoal, não eventual, a título oneroso e por conta alheia (**art. 3.º da CLT**).

Essas disposições vão além das obrigações principais da relação de emprego – pagar salário e prestar trabalho –, alcançando até questões relacionadas ao meio ambiente do trabalho, higiene e segurança, por exemplo, sempre em paralelo com as disposições de Direito Previdenciário, aplicáveis em situações de maior necessidade, temporárias ou não, quando a face de “segurado” do “trabalhador” assume o protagonismo.

A “terceirização” de serviços, em tal contexto, **vem de encontro, e não ao encontro**, como insistentemente sustentado por significativa parcela dos meios de comunicação, não apenas às regras trabalhistas (leis, regulamentos, medidas provisórias, instruções normativas, portarias e decretos), mas a seus Princípios, pelos quais o ser humano não pode ser considerado um mero fator da produção. Esse postulado remonta ao Tratado de Versalhes, de 1919, que selou o fim da I Guerra Mundial e criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Com isso, evidenciou-se uma característica inerente ao vínculo contratual de emprego: **independentemente do grau de conhecimento, idade, gênero, etnia ou origem do trabalhador, este encontra-se sempre em desigualdade perante o empregador, devendo ser tratado como hipossuficiente**. Em outras palavras: a OIT “fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social” (OIT, 2017).

Embora não tenha conseguido evitar a II Guerra Mundial, de proporções muito maiores do que a anterior, os valores defendidos pela OIT seguem atuais e podem ser sintetizados em quatro postulados básicos:

- I. O trabalho deve ser fonte de dignidade;**
- II. O trabalho não é uma mercadoria;**

<sup>5</sup> A respeito da matéria, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

**III. A pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos;****IV. Todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem-estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.**

Aceitar a intermediação de mão de obra, colocando alguém entre quem toma os serviços e aquele que os presta, ou seja, empregado e empregador, figuras definidas nos **arts. 2.º e 3.º da CLT**, pela utilização de argumentos e justificativas de diversas ordens, significa ignorar uma história de mais de 150 anos de lutas. Faz-se terra arrasada dos alicerces materiais da própria OIT.

Economia, especialização, competitividade e empregabilidade são utilizados na defesa da “terceirização”, servindo apenas para acobertar o real objetivo desse arranjo produtivo: **reduzir o custo financeiro do trabalho humano e permitir maior ganho ao capital (mais valia)**. Além disso, há outros efeitos deletérios, como o enfraquecimento da organização sindical, a perda da identidade profissional, o aumento do índice de mortes e de adoecimento, a queda de arrecadação de tributos à Previdência, apenas para mencionar os principais. Tais hipóteses não vêm sendo por mim presenciadas apenas no dia a dia forense, como juiz do trabalho, após quase 12 anos de atividade, sendo os últimos 10 na comarca de Blumenau, mas também como pesquisador.

Verifiquei tais fatos também em estudo de caráter multidisciplinar realizado no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional, em Mestrado na Universidade Regional de Blumenau (PPGDR/Furb) entre 2014 e 2015, do qual o livro *O lado avesso da reestruturação produtiva: a “terceirização” de serviços por “façções”*, que aproveito para apresentar a vocês neste evento, é a prova cabal.

Fragilizada a proteção dos trabalhadores, tanto como empregados quanto como segurados, na medida em que a reforma previdenciária não apenas dificulta, mas praticamente inviabiliza o implemento dos requisitos exigidos para aposentadoria, temos um quadro de instabilidade e insegurança sem precedentes desde a implementação do Estado de Bem-Estar Social. Milhões de desempregados tentando, sem sucesso, retornar ao mercado formal, premidos a atuar na informalidade, uma quantidade igualmente considerável de jovens, em idade produtiva, que não conseguem sequer ingressar nesse mesmo mercado por dificuldades de diversas ordens e uma massa de trabalhadores experientes, com idade avançada, que não podem deixá-lo, quer por não atendidas as exigências legais para aposentadoria, quer pelos baixos valores pagos como proventos, insuficientes a custear uma existência minimamente digna<sup>6</sup>.

Com isso, aumenta-se exponencialmente a oferta da mão de obra, saturando o mercado e derrubando o valor dos salários, pura consequência da “lei da oferta e da procura”, fenômeno acentuado, ainda mais, pela “terceirização”. A já desigual relação entre quem contrata e quem é contratado atinge níveis alarmantes, em prejuízo de toda a sociedade, pois esse mesmo trabalhador/segurado perde poder de compra, o que, ao lado do aumento da rotatividade e das incertezas sobre ter ou não uma fonte de renda, desaquece o mercado de consumo interno, desestimulando as vendas a prazo, maior fatia no segmento de bens não duráveis.

E como isso tudo dialoga com o NCPC e o PJe?

As promessas feitas pelo Poder Público aos cidadãos por meio da legislação não passam de boas intenções se não forem acompanhadas de sanções por descumprimento. Além disso, essencial se mostra a existência de uma entidade, dotada de poder coercitivo, capaz de tornar o “dever ser” um efetivo “ser”, no caso, o Judiciário.

Há mais de dois séculos esse poder, que encontra correlato em outros dois, o Legislativo e o Executivo, nas nações que se proclamam Constitucionais e de Direito, possui limites objetivos. Tais parâmetros devem ser estabelecidos em lei e na própria Constituição, a fim de evitar a hipertrofia e a prática do despotismo e autoritarismo, concentrando força excessiva nas mãos de uma única figura.

<sup>6</sup> Nesse mesmo sentido, porém não limitada à experiência catarinense, recomendo a leitura de COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora**. São Paulo: LTr, 2015 e RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

É o sistema de “freios e contrapesos”, idealizado ainda no século XVIII<sup>7</sup>, cuja relação com os Direitos Fundamentais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade fica evidente. Algumas garantias processuais são verdadeiros Princípios Gerais de Direito, superando a passagem do tempo, inclusive as reformas normativas realizadas com certa periodicidade no Brasil. Como exemplo, os **Princípios do Juiz Natural, do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal**.

Dessa maneira, a virtualização dos autos processuais e a modernização das regras de Direito Adjetivo, visando a uma maior celeridade e eficiência na resolução de conflitos, seriam mais do que desejadas, mas necessárias. Infelizmente, não vejo dessa forma o atual estágio de desenvolvimento, tanto do PJe quanto das inovações trazidas pelo NCPC.

O PJe, além de suplantar os autos físicos, em papel, atraindo para as lides judicializadas conceitos do ciberespaço e até mesmo Princípios próprios, como o da **Conexão e da Imaterialidade**<sup>8</sup>, desprezou a experiência acumulada ao longo de décadas por diversos ramos do Judiciário. Foi implantado de modo precipitado, causando transtornos de diversas ordens a todos os usuários, sejam eles advogados, juízes, membros do Ministério Público, peritos, servidores e partes.

Dificultou, sobremaneira, o acesso à Justiça, pela exigência de equipamentos e certificações digitais de vanguarda, sem um tempo razoável de adaptação e de transição entre dois modelos antagônicos. A revolução aqui noticiada, guardadas as devidas proporções, foi muito mais excludente e impactante do que a substituição da máquina de escrever pelo computador, pois em tal situação a mudança foi facultativa, enquanto no PJe, de todo obrigatória.

Como ficam os advogados mais antigos, cujo tempo de incorporação das novas técnicas é sabidamente diferente do tempo dos mais jovens? E os jovens advogados, egressos recentes dos cerca de 2.000 cursos jurídicos brasileiros, como absorveram os custos com *hardwares* e *softwares*? E as comarcas mais afastadas, onde sequer a internet tem funcionamento regular, como se adaptarão, de um dia para o outro, à necessidade da comunicação por fibras óticas em um sistema instável?

Já o NCPC, na contramão dos avanços trazidos pelas microrreformas que modificaram o CPC de 1973, aproximando-o sob diversos aspectos do Processo do Trabalho, com especial atenção à simplicidade, oralidade e celeridade, sob diversos argumentos trouxe um sem-número de incidentes e procedimentos, a exemplo do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, tornando a razoável duração do processo um fim cada vez mais distante de ser alcançado<sup>9</sup>. O que se vê, no campo jurídico, é a materialização do desequilíbrio de forças díspares, projetadas nos embates entre capital X trabalho, público X privado, local X global, e que atingem todas as esferas da vida, especialmente a política e a econômica.

<sup>7</sup> Sobre o sistema de freios e contrapesos, ver *O espírito das leis*, de Montesquieu. Nessa obra, é examinado um sistema de governo, de matriz constitucional, no qual há separação de poderes, tutela das liberdades civis, manutenção da lei e abolição da escravidão, com minuciosa análise de seus pormenores. Íntegra do texto disponível em <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_montesquieu\\_o\\_espírito\\_das\\_leis.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espírito_das_leis.pdf)>. Acesso em: 1.º jun. 2017.

<sup>8</sup> Sobre o tema ver RIBEIRO, Rodrigo Koehler; VALCANOVER, Fabiano Haselof. Processo eletrônico tem princípios novos e revisa antigos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3.792, 18 nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25872>>. Acesso em: 2 maio 2017. ISSN 1518-4862.

<sup>9</sup> Enquanto no Processo Trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica era determinada por mero despacho, da qual a parte era cientificada apenas depois da adoção das medidas executórias contra a pessoa dos sócios, bastando, para tanto, o resultado inexitoso da cobrança contra a sociedade empresária, com o advento do NCPC é exigida a instauração prévia do incidente, inclusive comunicando-se o setor de distribuição de feitos, permitindo a citação da pessoa física para contestá-lo, como se infere da leitura dos arts. 133 e seguintes, exigindo diversas formalidades. A prática, em Blumenau, comarca onde atuo desde 2007, tem sido a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda já na petição inicial, a fim de observar a exceção do art. 134, § 2.º, do NCPC, redundando no ajuizamento de demandas contra até 20 réus, o que dificulta o regular processamento dos feitos, com múltiplos procuradores e um número de testemunhas muito superior ao habitualmente arrolado.

A “terceirização” de serviços, o esvaziamento da Previdência Social e o primado do negociado sobre o legislado interessam a quem? Beneficiam a que atores sociais? Desequilibram o embate de forças para qual lado da balança?

O aumento da complexidade das normas processuais e a plêiade de requisitos e formalidade impostas pelo PJe ampliam ou restringem o acesso à Justiça, pelo direito de petição, Direito Fundamental assegurado pelo **art. 5.º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição**? Ampliam ou restringem o Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo garantido no **art. 5.º, inciso LXXVIII, também da Constituição**? Contribuem ou não para a celeridade e a informalidade que sempre orientaram o Processo do Trabalho? Como ficam o *jus postulandi* do art. 791 da CLT e a ampla liberdade do Magistrado na condução dos feitos, prevista no art. 765, também da CLT?

Muitas perguntas, diversas reflexões, um grande número de possíveis respostas. Meu objetivo aqui é provocar a reflexão e o debate entre vocês, não apresentar soluções ou traçar planos a serem seguidos. Muito obrigado!

## ILAÇÕES

O momento histórico vivenciado pelo mundo do trabalho, desde a queda do Muro de Berlim e da URSS, entre 1989 e 1991, é bastante delicado e emblemático. Delicado, pelo desequilíbrio de forças até então em enfrentamento, em um conflito nem sempre belicoso, no qual duas propostas societárias disputavam a atenção do mundo todo, tendo prevalecido, em tese, a de matriz capitalista, individualista, competitiva e meritocrática. Emblemático, por ter ficado demonstrado ao longo dos últimos 25 anos que o capitalismo como modelo econômico hegemônico, embora competente no quesito geração de riqueza, fracassou nos preceitos distribuição e preservação ambiental, colocando o planeta à beira do abismo existencial.

Se de um lado a globalização da economia permitiu o encurtamento de distâncias e a rápida proliferação de tecnologias e da produção de bens, de outro escancarou, como nunca, os horrores e as mazelas a que mais da metade dos 7,5 bilhões de seres humanos existentes vem se submetendo, além de uma autofágica concentração de renda, tanto em relação aos particulares quanto no que diz respeito aos Estados-Nações.

Sem querer parecer pessimista, afirmo, no aguardo da crítica, que estamos experimentando uma encruzilhada social sem precedentes, dividindo-se nossas opções entre um projeto **includente/distributivo/solidário e outro, excludente/retributivo/individualista**.

O futuro começa agora e depende, em grande parte, de nossas escolhas no presente. Finda minha fala, agradeço a todos, lançando mão das palavras do sociólogo português **Boaventura de Sousa Santos**, para quem, “[...] em todos os momentos da história, o direito é constituído por uma tensão entre regulação (autoridade) e emancipação (razão), mas, com o desenrolar da experiência humana, a emancipação triunfa sobre a regulação” (SANTOS, 2001, p. 129).

## REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942**: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr; Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho (Jutra), 2007.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização**: máquina de moer gente trabalhadora. São Paulo: LTr, 2015.

KROST, Oscar. **O lado avesso da reestruturação produtiva**: a “terceirização” de serviços por “facções”. Blumenau: Nova Letra, 2016.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_montesquieu\\_o\\_espirito\\_das\\_leis.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf)>. Acesso em: 1.º jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **História da OIT**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler; VALCANOVER, Fabiano Haselof. Processo eletrônico tem princípios novos e revisa antigos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3.792, 18 nov. 2013. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25872>>. Acesso em: 2 maio 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática** – a crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

## A EMPREGADA GESTANTE OU LACTANTE NO AMBIENTE INSALUBRE: UMA REFLEXÃO SOBRE O ART. 394-A DA CLT À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

13

Alessandra Valverde da Silva<sup>10</sup>  
Myrrrena Inácio<sup>11</sup>

**Resumo:** A Lei n.º 13.287/2016 acrescentou o artigo 394-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevendo que a empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. Questões relacionadas aos locais de remanejamento, à equiparação de todos os tipos de condições insalubres ao mesmo grau de gravidade, bem como ao possível impulso discriminatório na contratação de empregadas, suscitaram discussões. Por sua vez, a recente Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, que contempla a reforma trabalhista, alterou novamente o art. 394-A da CLT e tem provocado novas controvérsias. Diante dessa problemática, a pesquisa buscou analisar as controvérsias do artigo 394-A da CLT e da alteração proposta pelo Projeto de Lei n.º 6.787/2016 que culminou na aprovação da Lei n.º 13.467/2017. Adotou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, mediante uma abordagem qualitativa sobre o tema, que resultou em um quadro comparativo entre as principais controvérsias dos documentos legislativos. Constatou-se que as controvérsias são semelhantes, e a recente reforma trabalhista aprovada não responde às principais imprecisões legislativas da Lei n.º 13.287/2016 e pode agravar ainda mais a situação das empregadas gestantes ou lactantes nos ambientes insalubres. Salienta-se que, embora os argumentos e as conclusões sejam ainda incipientes e a literatura ainda careça de uma análise mais aprofundada sobre o tema em discussão, se defende a necessidade de refletir sobre a situação da empregada gestante ou lactante nos ambientes insalubres e se recomenda cautela das empresas diante dessa situação, apesar da abertura equivocada proporcionada pela recente reforma trabalhista.

**Palavras-chave:** empregada gestante e lactante; insalubridade; reforma trabalhista.

### INTRODUÇÃO

A recente Lei n.º 13.287, de 11 de maio de 2016, acrescentou o artigo 394-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevendo que a empregada gestante ou lactante será afastada,

---

<sup>10</sup> Advogada. Graduada pela Universidade da Região de Joinville (Univille).

<sup>11</sup> Advogada. Professora na Universidade do Estado de Santa Catarina (Udesc). Doutoranda em Políticas Públicas na Universidade Federal do Paraná (UFPR).

enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Questões relacionadas aos locais do remanejamento das gestantes ou lactantes, ao tempo máximo de afastamento, ao pagamento integral do salário com o adicional de insalubridade, à equiparação de todos os tipos de condições insalubres, física, química e biológica, ao mesmo grau de gravidade, bem como ao possível impulso discriminatório na contratação de empregadas, passaram a ser discutidas.

Após menos de um ano da aprovação dessa lei, o Plenário da Câmara dos Deputados concluiu a votação do Projeto de Lei n.º 6.787/2016, do Poder Executivo, que altera mais uma vez a situação das gestantes e lactantes expostas a atividades e locais insalubres, gerando novas tensões na aplicação da legislação (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016). A proposta foi aprovada na forma do substitutivo do relator, deputado Rogério Marinho, com 296 votos favoráveis e 177 votos contrários, no dia 27 de abril de 2017 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

O projeto de lei compreendeu a reforma trabalhista, e no que tange especialmente à insalubridade nos casos de gravidez e lactação prevê que a gestante deverá ser afastada das atividades consideradas insalubres em grau máximo durante toda a gestação.

No caso de atividades consideradas insalubres em graus médio ou mínimo, será afastada delas se o atestado de saúde de médico de sua confiança recomendar o afastamento durante a gestação. No período da lactação, o afastamento também poderá ocorrer se o atestado de médico de sua confiança assim indicar. E, quando não for possível que a gestante ou a lactante exerça suas atividades em local salubre da empresa, sua gravidez será considerada de risco e a trabalhadora será afastada com recebimento de salário-maternidade durante todo o período de afastamento.

No Senado, o texto-base do Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 38/2017 foi aprovado por 50 votos favoráveis, 26 contrários e uma abstenção no dia 11 de julho de 2017 (SENADO, 2017). Na sequência, o Presidente da República sancionou, sem vetos, a reforma trabalhista que resultou na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, alterando a CLT (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943), a Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, a Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, e a Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho (BRASIL, 2017).

Diante dessa problemática, a pesquisa buscou analisar as controvérsias do artigo 394-A da CLT, inserido pela Lei n.º 13.287/2016, e da alteração proposta pelo Projeto de Lei n.º 6.787/2016, que resultou na aprovação da reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), no que tange à situação das empregadas gestantes e lactantes nas atividades e locais considerados insalubres.

## **METODOLOGIA**

Adotou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, mediante uma abordagem qualitativa sobre o tema em análise. Utilizaram-se dados primários, provenientes de legislações, projetos de lei e portarias, coletados no Portal da Legislação do Planalto, da Câmara dos Deputados, do Senado e do Ministério do Trabalho e Emprego.

Também foram utilizados dados secundários provenientes das análises de artigos sobre o tema que foram publicados entre 11 de maio de 2016 e 21 de julho de 2017, de forma a observar os diferentes posicionamentos sobre a Lei n.º 13.287/2016, a alteração proposta pelo Projeto de Lei n.º 6.787/2016 e a Lei n.º 13.467/2017, que contempla a reforma trabalhista, no que concerne à situação das empregadas gestantes e lactantes em atividades consideradas insalubres.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

A maternidade deve implicar um ônus para a sociedade e não apenas para a mulher, que tem o direito de conciliar o seu potencial biológico com as exigências laborais. Assim a mulher tem direito a uma gestação com assistência médica, sendo preservadas sua saúde e a de seu filho –

deve-se, assim, compatibilizar a gravidez com seu trabalho. Aí entra também a responsabilidade social da empresa e do Estado, conforme afirma Adélia Moreira Pessoa (*apud* IBDFAM, 2016).

A Lei n.º 13.287, publicada em 11 de maio de 2016, acrescentou dispositivo à CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres, dispendo: “Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre” (BRASIL, 2016).

Em que pese a Lei n.º 13.287/2016 não fazer nenhuma referência às discriminações dos agentes considerados nocivos à saúde bem como aos limites de tolerância, eles estão previstos nos anexos da Norma Regulamentadora NR-15, aprovada pela Portaria 3.214/78, com alterações posteriores (MTE, 2008).

Para caracterizar e classificar a insalubridade em consonância com as normas baixadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, far-se-á necessária perícia médica por profissional competente e devidamente registrado no Ministério do Trabalho e Emprego.

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assegura a percepção de adicional de 40%, 20% e 10%, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo, respectivamente, conforme prevê artigo 192 da CLT.

Salienta-se assim que a redação do art. 394-A da CLT, dada pela Lei n.º 13.287/2016, não fez nenhuma distinção entre os graus de insalubridade previstos na NR-15.

Reconhece-se que, além das empregadas gestantes ou lactantes, os empregadores também devem ficar atentos, uma vez que a solução não está apenas no simples remanejamento da empregada para outro setor da empresa que não for insalubre.

Um exemplo é o caso de uma empregada que exerce diariamente suas funções como engenheira, exposta a ruído contínuo ou intermitente no nível de 90 decibéis por 4 horas, respeitando a NR n.º 15 do MTE. Ela não poderia trabalhar, durante o período de gravidez/lactação, como telefonista da empresa. Isso porque a empregada poderia alegar, em futura reclamação trabalhista, o desvio de função, bem como a aplicação da legislação que trata do trabalho de telefonista.

Ou seja, o empregador não pode simplesmente remanejar a função da empregada sem observar se a função a ser exercida enquanto perdurar a gestação/lactação estará intrinsecamente ligada à função original. Caso contrário, deverá observar a legislação aplicável à nova função exercida pela empregada.

Outro fator importante para ponderar é o possível impulso discriminatório causado por essa lei, pois o empregador cuja atividade principal demanda a exposição do empregado ao agente insalubre poderá optar pela contratação de pessoas do sexo masculino como forma de prevenir eventuais problemas com a reorganização do seu quadro de empregados e também com a continuidade da produção.

Ademais, há que se considerar também a inexistência de áreas insalubres na empresa, impossibilitando o remanejamento da empregada gestante ou lactante. A referida lei também não esclarece o tempo máximo de afastamento da atividade insalubre exercida pela empregada gestante ou lactante e também não dispõe sobre a continuidade da percepção do adicional de insalubridade.

Nesse ponto, Martins (2017) avalia que a percepção do adicional de insalubridade integra a renda da trabalhadora que já o percebe e, com o advento da lei e da necessidade de remanejamento da funcionária para setor que não faz jus a tal adicional, haverá uma situação que poderá gerar uma imensa perda econômica.

Verifica-se ainda que a Lei n.º 13.287/16 não impôs nenhuma penalidade ao empregador em caso de descumprimento, todavia salienta-se que o descumprimento da lei poderá gerar, além do risco de eventual reclamação trabalhista promovida pela empregada, a autuação pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Diante da publicação da Lei n.º 13.287/2016, a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNS) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação

Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5605, de relatoria do ministro Edson Fachin, contra a Lei n.º 13.287/2016, que acrescentou à CLT a proibição do trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres (STF, 2016).

A CNS argumenta que o dispositivo, “dada a sua irrazoável generalidade normativa”, conflita com os princípios constitucionais da livre-iniciativa, da função social da propriedade, do livre exercício da profissão, da igualdade e da proporcionalidade, “em que pese a aparente intenção do legislador de proteger a vida e a integridade física da criança” (STF, 2016).

Entre os principais argumentos, a CNS afirma que os equipamentos de proteção individual (EPIs) são eficazes para aquelas que não estão gestantes e para as gestantes, razão pela qual não deverá haver afastamento imediato da atividade insalubre.

Ademais, a CNS entende que já existe norma própria, construída de forma colaborativa pelas categorias profissionais e patronais de serviços de saúde, Ministério da Saúde e Ministério do Trabalho, “que levam em consideração as especificidades da atividade econômica e tutelam, de forma muito mais proporcional e razoável, a vida, saúde e integridade das trabalhadoras e seus filhos” (STF, 2016).

Por outro lado Pessoa (*apud* IBDFAM, 2016) avalia que, sem dúvida, a referida lei representa uma proteção à maternidade, mas que não considerou a oportunidade de acrescentar nessa vedação as atividades penosas ou perigosas, para maior proteção da gestante e lactante, como ocorre na Lei n.º 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e já estabelece, em seu artigo 69, que haverá permanente controle da atividade de servidores em operações ou locais considerados penosos, insalubres ou perigosos.

O citado artigo da Lei n.º 8.112/90 acrescenta, no parágrafo único, que a servidora gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, das operações e locais previstos neste artigo, exercendo suas atividades em local salubre e em serviço não penoso e não perigoso. Ou seja, a legislação aqui deixa claro para a empregada e o empregador qual será o tempo máximo de afastamento, situação essa que não se vislumbra na recente lei e no projeto de lei em análise.

Com a aprovação da reforma trabalhista, houve alteração significativa no referido dispositivo legal, e o art. 394-A passa a ter a seguinte redação:

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.

§ 1.º [...]

§ 2.º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3.º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento (NR) (BRASIL, 2017).

Diante dessas recentes alterações, elaborou-se o quadro 1, estruturando e comparando as principais controvérsias provenientes dos documentos legislativos em análise.

**Quadro 1** – Controvérsias entre a Lei n.º 13.287/2016 e a reforma trabalhista

Lei n.º 13.287/2016	Projeto de Lei n.º 6.787/2016, que resultou na Lei n.º 13.467/2017
Empregadas gestantes ou lactantes serão afastadas de atividades insalubres, independentemente do grau.	Afastamento imediato de empregada gestante das atividades insalubres somente no grau máximo. A empregada lactante, ainda que exposta ao grau máximo, precisa apresentar um atestado de saúde, assinado por seu médico de confiança, recomendando o seu afastamento.
Não dispõe sobre o pagamento de adicional de insalubridade.	Dispõe sobre a responsabilidade da empresa em pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, quando continuar em suas atividades insalubres.
Limitação da atuação das mulheres no mercado de trabalho.	Limitação da atuação das mulheres no mercado de trabalho, o que pode acentuar a desigualdade de gênero.
Maior proteção à saúde da gestante e do feto, bem como da lactante e do bebê.	Menor proteção à gestante e ao feto, bem como à lactante e ao bebê.
Imprecisão quanto ao tempo máximo de afastamento da sua atividade insalubre.	Imprecisão quanto ao tempo máximo de afastamento da sua atividade insalubre.
Desconsideração da Norma Regulamentadora n.º 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelece uma gradação para as atividades insalubres e assegura a percepção de adicional de 40%, 20% e 10%, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo, respectivamente.	Observância da Norma Regulamentadora n.º 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelece uma gradação para as atividades insalubres e assegura a percepção de adicional de 40%, 20% e 10%, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo, respectivamente.
Não houve a consideração da vedação para atividades penosas ou perigosas, para maior proteção da gestante e lactante.	Não houve a consideração da vedação para atividades penosas ou perigosas, para maior proteção da gestante e lactante.
Aumento de demandas judiciais em decorrência do seu descumprimento.	Aumento de demandas judiciais em decorrência do seu descumprimento.
Não houve previsão sobre a hipótese de a empresa não possuir uma área insalubre para o exercício da atividade.	Houve previsão sobre a hipótese de a empresa não possuir uma área insalubre para o exercício da atividade, sendo considerada como gravidez de risco e ensejando a percepção de salário-maternidade.
Não concede tanta autonomia para a gestante ou lactante decidir se quer permanecer no exercício da atividade insalubre, uma vez que o afastamento é imediato, independentemente do grau de insalubridade.	Concede autonomia para a gestante ou lactante decidir se quer permanecer no exercício da atividade insalubre, haja vista que a continuidade no ambiente insalubre requer a percepção do adicional de insalubridade.
Transferência da responsabilidade para a empresa em provar que o ambiente não oferece riscos à gestante ou lactante.	Transferência da responsabilidade para a empregada gestante ou lactante de provar que o trabalho oferece riscos, sendo necessária a apresentação de atestado de saúde, emitido por médico de confiança.
Não há nenhuma penalidade ao empregador em caso de descumprimento do que prevê o art. 394-A da CLT.	Não há nenhuma penalidade ao empregador em caso de descumprimento do que prevê o art. 394-A da CLT.

Fonte: Elaborado pelas autoras (2017)

Quanto ao texto da Lei n.º 13.467/2017, que compreende a reforma trabalhista recentemente aprovada, o relator da reforma, deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), entende que o artigo 394-A criou barreiras que dificultam a contratação de mulheres, pois muitas empresas passaram a fazer tal discriminação e a mudança seria para resolver esse problema.

Freitas Junior (*apud* RAMOS, 2017), no entanto, avalia que a proposta não beneficia nem a mulher, nem a sociedade, nem mesmo o próprio empregador, tendo em vista que, se a funcionária tiver alguma consequência por causa da exposição em grau máximo da atividade insalubre, a empresa ainda pode ser alvo de uma ação trabalhista.

A reforma direciona-se na contramão do chamado princípio da precaução, ao atribuir à mulher a responsabilidade de provar que o trabalho oferece riscos, ao passo que o dever pertenceria ao empregador (FREITAS JUNIOR *apud* RAMOS, 2017).

Com a nova redação do art. 394-A da CLT há uma transferência dessa responsabilidade para a gestante e o médico, que nem sempre tem as informações necessárias para tomar esse tipo de decisão (BANDINI *apud* RAMOS, 2017). Para tanto, Bandini (*apud* RAMOS, 2017), presidente da Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANAMT), defende uma decisão compartilhada, ou seja, entre o especialista em saúde do trabalho e o médico que já acompanha aquela gestação.

Nesse sentido, Bonciani (*apud* RAMOS, 2017), presidente da Associação Paulista de Medicina do Trabalho (APMT), entende que toda atividade de risco oferece alguma agressividade à mulher, por mais que muitas vezes isso não seja aparente à primeira vista. Dessa forma, argumenta que, mesmo em situações classificadas de grau médio e mínimo, o afastamento imediato se justifica.

De acordo com Melo (2017),

o trabalho em ambientes insalubres é prejudicial não só às trabalhadoras em qualquer situação, mas, principalmente, às gestantes e lactantes, ao feto e à criança em fase de amamentação, sendo correta a proibição do trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres, o que foi ignorado pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República, que sancionou a lei sem qualquer restrição.

Em contrapartida, Pedro (*apud* RAMOS, 2017), coordenador dos Conselhos de Relações do Trabalho da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (Fiep), afirma que é preciso dar autonomia às profissionais para que elas decidam se precisam ou não ser afastadas.

Ademais, diferentemente da redação anterior, a Lei n.º 13.467/2017 dispõe sobre o período de afastamento da empregada gestante ou lactante, sobre o pagamento do adicional de insalubridade e sobre a impossibilidade de exercer as atividades em locais insalubres.

Todavia a nova redação do art. 394-A prevê que haverá o afastamento imediato da empregada gestante, sem necessidade de apresentação de atestado de saúde, somente quando se tratar de atividades consideradas insalubres em grau máximo.

Por outro lado, quando se tratar de empregada lactante, o afastamento, independentemente do grau de exposição, será realizado mediante a apresentação de atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Observa-se assim que as controvérsias entre a Lei n.º 13.287/2016 e o Projeto de Lei n.º 6.787/2016, que culminou na aprovação da Lei n.º 13.467/2017, são semelhantes; além disso, a recente reforma trabalhista aprovada não responde às principais imprecisões legislativas e pode agravar ainda mais a situação das empregadas gestantes ou lactantes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção do legislador ao incorporar o artigo 394-A à CLT foi no sentido de proteger não somente a gestante ou a lactante como também seu feto e bebê de eventuais efeitos nocivos à sua formação e desenvolvimento.

Contudo a alteração não parece ter alcançado tal finalidade, podendo até mesmo servir como um desincentivo à contratação de mulheres, a fim de evitar a situação de remanejamento da empregada grávida ou lactante para um local salubre.

Salienta-se ainda que o artigo 394-A ignora a Norma Regulamentadora (NR) n.º 15 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que diferencia extensivamente os agentes em graus mínimo, médio e máximo.

Com a aprovação da reforma trabalhista, apesar de se diferenciarem esses graus de insalubridade, persistem a possível discriminação na contratação de mulheres, as controvérsias já existentes e há a possibilidade de se criarem novas controvérsias.

Entende-se ainda que a recente proposta provocará um retrocesso, uma vez que as empregadas gestantes ou lactantes estarão mais expostas aos riscos à saúde, considerando que o seu afastamento imediato só se dará diante do grau máximo de insalubridade, e no caso das empregadas lactantes ainda será necessário apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança, nas atividades de grau máximo de insalubridade.

Embora os argumentos e as conclusões sejam ainda incipientes e a literatura ainda careça de uma análise mais aprofundada sobre o tema em discussão, defende-se a necessidade de refletir sobre a situação da empregada gestante ou lactante nos ambientes insalubres.

A Lei n.º 13.287/2016 proporcionou uma falsa impressão de avanço, enquanto a Lei n.º 13.467/2017 se direciona a um novo retrocesso, haja vista que há imprecisões na nova redação do art. 394-A da CLT, bem como existem outras controvérsias latentes. Por essas razões, recomenda-se cautela das empresas diante de tal situação, apesar da abertura equivocada proporcionada pela recente reforma trabalhista.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 13.287, de 11 de maio de 2016**. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm)>. Acesso em: 15 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara aprova projeto da reforma trabalhista**. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/531607-CAMARA-APROVA-PROJETO-DA-REFORMA-TRABALHISTA.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n.º 6.787/2016**. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 14 maio 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA – IBDFAM. **Nova lei afasta de locais insalubres de trabalho grávidas e mulheres que amamentam**. 25 maio 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6003/Nova+lei+afasta+de+locais+insalubres+de+trabalho+gr%C3%A1vidas+e+mulheres+que+amamentam>>. Acesso em: 15 maio 2017.

MARTINS, Kleber Lisboa. **Lei proíbe trabalho de gestantes e lactantes em locais insalubres. Jusbrasil**. Disponível em: <<https://martinslisboa.jusbrasil.com.br/noticias/336941716/lei-proibe-trabalho-de-gestantes-e-lactantes-em-locais-insalubres>>. Acesso em: 14 maio 2017.

MELO, Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. **Conjur**, 21 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – MTE. **Norma Regulamentadora n.º 15**. 2008. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/05/mtb/15.htm>>. Acesso em: 14 maio 2017.

RAMOS, Durval. **Reforma trabalhista joga responsabilidade sobre afastamento por insalubridade para grávidas**. 6 maio 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/reforma-trabalhista-joga-responsabilidade-sobre-afastamento-por-insalubridade-para-gravidas-cfnhqfx8ay9oqjlfufnb70v1xg>>. Acesso em: 14 maio 2017.

SENADO. **Senado aprova texto-base da reforma trabalhista**. 2017. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/11/senado-aprova-texto-base-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **CNS questiona lei que proíbe gestante de trabalhar em condições insalubres**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327056>>. Acesso em: 15 maio 2017.

## A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

Alessandro de Jesus<sup>12</sup>

21

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfica, que terá auxílio de pesquisa de campo, a fim de identificar a conduta dos trabalhadores, na vigência do contrato de emprego, quanto ao exercício do direito de ação, assegurado no art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988, ante a inexistência no ordenamento jurídico de proteção ao emprego. Na atualidade muitas discussões buscam alterar as normas trabalhistas, no entanto, desde a promulgação da Carta Magna, permanece sem regulamentação o inciso I do art. 7.º, que estabelece aos empregados a garantia da “**proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização**”. Ademais, a Convenção 158 da OIT, que trata da proibição da demissão arbitrária por parte do empregador, foi recepcionada em nosso ordenamento pelo Decreto Legislativo n.º 1.855 de 10 de abril de 1966, todavia foi denunciada e perdeu sua eficácia a partir de 20 de novembro de 1997, por força do Decreto n.º 2.100, de 20 de dezembro de 1996, em virtude de suposta inconstitucionalidade formal ou da incompatibilidade com o texto constitucional. Ocorre que, na prática, a Convenção 158 da OIT supre a falta de regulamentação do artigo 7.º, inciso I, da Constituição de 1988, logo, há discussão doutrinária acerca da sua efetiva aplicação. Surge assim a necessidade da interpretação crítica, no que tange ao processo legislativo de incorporações de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como de fomentar o diálogo sobre a proteção constitucional da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

**Palavras-chave:** proteção ao empregado; dispensa arbitrária; dispensa sem justa causa.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, adotou-se uma pesquisa do tipo bibliográfica, que terá auxílio de pesquisa de campo, com abordagem qualitativa.

O tema é de suma importância, visto que no atual cenário de mudanças na legislação trabalhista ainda permanece a discussão da regulamentação da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, que foi disciplinada no inciso I do art. 7.º da Carta Magna de 1988. Esse impasse gera inúmeros problemas aos trabalhadores, que ficam à mercê do poder arbitrário do empregador no tocante a sua permanência ou não no emprego, sem segurança para aquele

---

<sup>12</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille).

que vende sua força de trabalho em troca do salário que lhe possa garantir sua sobrevivência e a de sua família.

A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista no texto constitucional pretende impedir o término imotivado da relação de emprego, no entanto é norma constitucional de eficácia limitada, logo, não pode ser aplicada, pois ainda aguarda legislação complementar para sua efetiva aplicação. Não obstante, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi recepcionada e denunciada pelo Brasil, prevê em seu art. 4.º que o término da relação de emprego somente pode ocorrer com a existência de uma causa justificadora, relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Desse modo, a pesquisa pretende analisar a conduta dos trabalhadores, na vigência do contrato de emprego, quanto ao exercício do direito de ação, eis que inexistente no ordenamento jurídico a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e entende-se pela não aplicação no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção 158 da OIT, para fins de efetivar a proteção constitucional da relação de emprego.

## DA CONVENÇÃO 158 DA OIT

A OIT tem como função disseminar formas e padronizações dos meios de relacionamento entre empresas e trabalhadores, criando com os membros das Nações Unidas instrumentos capazes de gerar para todos os trabalhadores dignidade e segurança, no exercício de seu labor.

É decorrente da OIT grande parte dos instrumentos que gerenciam as relações de trabalho pelo mundo. Isso ocorre por meio de convenções elaboradas e ratificadas pelos países-membros dessa organização. Uma das principais atuações no campo do Direito do Trabalho foi a aprovação de direitos fundamentais que coibiram a prática de diversas atrocidades no ambiente laboral.

Acerca da importância e princípios caracterizadores da OIT escreveu Santiago (2017):

A OIT foi fundada em 1919, como forma de promover a justiça social. Em 1969, ganhou o Prêmio Nobel da Paz, e em 1998, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. A Declaração estabelece quatro princípios fundamentais a que todos os membros da OIT estão sujeitos: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação.

Em junho de 1982 foi assinada em Genebra a Convenção 158 da OIT, que regulamenta o término da relação de emprego por iniciativa do empregador, prevendo em seu art. 4.º que o término da relação de emprego somente pode ocorrer com a existência de uma causa justificadora, relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. Como característica determinante, a Convenção 158 da OIT veda a demissão de qualquer empregado, que somente pode ser operada mediante a ocorrência de um motivo relevante, o que, em tese, não prejudica o empregador, mas gera garantia do emprego aos trabalhadores. Assim, não se admite a demissão imotivada, devendo ser exteriorizado ao empregado o motivo ensejador do desligamento, para que possa exercer o contraditório.

Uma possibilidade de desligamento do empregado seria relacionada ao funcionamento da empresa; o mercado financeiro costumeiramente enfrenta intempéries, o que faz surgir para o administrador de um empreendimento o desafio de manter o funcionamento de seu negócio e os empregos. Tendo esse aspecto como pano de fundo seria possível o desligamento do empregado,

por conta da situação adversa enfrentada pela empresa. Para tanto, do mesmo modo, é necessária a comunicação prévia do fato originador. Tal medida busca reduzir ao máximo o fim do contrato de emprego. Nesse sentido expõe Viegas (2017):

A Convenção proíbe a demissão do trabalhador, “a menos que exista para isso uma causa justificada dada ao seu comportamento com relação ao funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (art. 4.º). Com isso não deve ser finalizada antes que tenha sido dada ao trabalhador a possibilidade de se defender das acusações para com ele e no caso de dispensas consideradas justificadas por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais, analógicos devem ser observadas os seguintes, tais como: necessidade de comprovação da empresa competente, justificativa da dispensa, até o aviso em tempo hábil, abertura de canais de negociação com os representantes do trabalhador e por último a notificação prévia da autoridade responsável.

Há que se ressaltar que o art. 5.º da Convenção 158 da OIT estabelece motivos que não constituem causa justificada para o término da relação de emprego: a) filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho; b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade; c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes; d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social; e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

E, ainda, de acordo com o art. 6.º da Convenção 158 da OIT a ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

Desta feita, de acordo com a Convenção 158 da OIT o empregado que considerar injustificado o término de sua relação de emprego tem direito de recorrer à Justiça do Trabalho, que pode determinar a sua reintegração ou indenização.

## DA VIGÊNCIA E DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 PELO BRASIL

De início é necessário compreender que os tratados internacionais não são incorporados automaticamente ao ordenamento brasileiro, com a simples anuência ao acordo internacional, mas sim são submetidos a uma série de intervenções que são distribuídas entre os poderes Executivo e Legislativo. Esse procedimento está disposto na Constituição de 1988, na leitura conjunta do artigo 49, inciso I, que explana sobre a competência do Congresso Nacional, e do artigo 84, inciso VIII, que alude sobre a competência do Presidente da República, assim citados:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Dessa forma, torna-se inquestionável a necessidade da dupla aprovação do texto internacional pelos dois poderes – o Legislativo e o Executivo –, como expressa a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do processo de incorporação de tratados internacionais:

[...] É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001).

Assim, fica caracterizada a teoria dualista na incorporação de normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

O processo de incorporação da Convenção 158 da OIT no Brasil teve início em 22 de junho de 1982, com sua assinatura em Genebra pelo presidente João Figueiredo durante o regime militar. Foi encaminhada ao Congresso Nacional, que a aprovou em 16 de setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo n.º 68 e, posteriormente, promulgada, pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto n.º 1.855/1996, passando a vigorar em 10 de abril de 1996.

Portanto, após passar por todo o processo legislativo pertinente à incorporação de tratados internacionais, sem que houvesse a violação de nenhum ponto, entrou em vigor no ordenamento pátrio a Convenção 158 da OIT, tendo sido, todavia, denunciada em 20 de novembro de 1996. Monteiro (2014) destaca o processo de incorporação do tratado internacional em tela:

Internamente, os tratados que foram objeto de aprovação pelo Congresso Nacional são promulgados por decreto do Presidente da República, publicados no Diário Oficial da União. No caso da Convenção OIT n.º 158, adotada na 68.<sup>a</sup> reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 22 de julho de 1982, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 68, de 16 de setembro de 1992, sendo a Carta de Ratificação do Brasil depositada na Repartição Internacional do Trabalho em 5 de janeiro de 1995. Por sua vez, a promulgação deu-se pelo Decreto n.º 1.855, de 10 de abril de 1996, e a denúncia, em 20 de novembro de 1996, com efeitos a partir de 20 de novembro de 1997.

Assim, a Convenção 158 da OIT passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro e, em decorrência da denúncia operada pelo mesmo presidente que promulgou a convenção,

Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto n.º 2.100 de dezembro de 1996, deixou de produzir efeitos a partir de 20 de novembro de 1997.

Sobre essa decisão tramita no STF há quase 20 anos a Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob número 1.625, na qual se busca derrubar o ato que denunciou a Convenção 158 da OIT, sob o fundamento de analisar qual seria o procedimento adequado para efetuar a denúncia do tratado internacional. Ao analisar a ação, o ministro Teori Zavascki menciona a relevância que os tratados têm atualmente, principalmente os relacionados a direitos humanos, que, ao serem aprovados com procedimento especial, se incorporam como norma de hierarquia constitucional. Embora considere indiscutível que o Poder Executivo tenha papel de destaque no âmbito das relações exteriores, na opinião do ministro “fica difícil justificar que o Presidente da República possa, unilateralmente, revogar tratados dessa natureza” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

A denúncia continua surtindo efeitos atualmente; na época de sua denúncia inúmeros casos foram levados ao Judiciário, tendo sido decididos com a negativa de aplicação dos preceitos estabelecidos na Convenção 158 da OIT, como se destaca pelo julgado a seguir colecionado do TRT 12.<sup>a</sup> Região:

GARANTIA DE EMPREGO. CONVENÇÃO DA OIT. Os mecanismos de proteção ao emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista na Convenção n.º 158 da OIT, constituem normas de conteúdo programáticos, cuja aplicabilidade, em razão da reserva constitucional, depende da ação normativa do legislador. Garantia de emprego que não se acolhe (ACÓRDÃO..., 2001).

Ocorre que, recentemente, uma decisão em sentido totalmente oposto provocou uma reviravolta na questão em tela: o Tribunal Regional do Trabalho da 17.<sup>a</sup> Região (Espírito Santo), ao realizar controle incidental de constitucionalidade do ato de denúncia da Convenção 158 da OIT, argumentou que o dispositivo da Constituição de 1988, exposto no artigo 49, inciso I, que explana sobre a competência do Congresso Nacional supracitado, não fora observado. Desse modo, foi publicada a Súmula 42 do TRT da 17.<sup>a</sup> Região (2017), que dispõe:

INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 2.100/96. DENÚNCIA UNILATERAL DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. A Convenção 158 da OIT é um tratado de direito humano social. A aprovação e ratificação de um tratado de direitos humanos é um ato complexo, necessitando da conjugação da vontade de dois poderes (Legislativo e Executivo), em claro respeito ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2.º da CR/88, bem como ao sistema de freios e contrapesos (checks and balances) consagrado na forma republicana de governo. Logo, a denúncia unilateral pelo Presidente da República (por meio de decreto) da Convenção 158 ratificada pelo Congresso Nacional é formalmente inconstitucional, por violação ao procedimento previsto no art. 49, I, da CF.

Não obstante, o Tribunal Regional do Trabalho da 17.<sup>a</sup> Região, na sessão de julgamento do dia 1.º de fevereiro de 2017, resolveu suspender a eficácia da Súmula n.º 42 até a decisão final da ADI 1.625 pelo STF, mantendo-se assim os efeitos da renúncia da Convenção 158 da OIT.

## **A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA**

O presente texto é ancorado por uma pesquisa de campo, cujo desenvolvimento, de abordagem qualitativa, tem como objeto identificar a conduta dos trabalhadores, na vigência do

contrato de emprego, quanto ao exercício do direito de ação, assegurado no art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988, ante a inexistência no ordenamento jurídico de proteção ao emprego. A pesquisa encontra-se em andamento e será realizada por meio de questionário a dez empregados com registro formal do contrato de trabalho.

Assim, pretende-se analisar se a inexistência de proteção à dispensa arbitrária ou sem justa causa, devidamente prevista no texto constitucional – art. 7.º, I, CRFB/88 – e constante da Convenção 158 da OIT, reflete no exercício do direito de ação, ou seja, se na vigência do contrato de emprego, mesmo ante a inexistência de garantia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, o empregado exerce seu direito de ação para se insurgir em face do empregador.

## CONCLUSÃO

O entendimento que prevalece na atualidade é de que o art. 7.º, inciso I, da Constituição de 1988 que regula a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa constitui norma de conteúdo programático, cuja aplicabilidade depende da ação normativa do legislador – lei complementar. Do mesmo modo, entende-se que a Convenção 158 da OIT, ao ser aprovada pelo Brasil, passou a integrar o ordenamento jurídico, todavia foi denunciada e logo perdeu sua vigência, não podendo ser aplicada. Ademais, resta fomentar o debate acerca do direito de ação na vigência do contrato de emprego, mesmo ante a inexistência de garantia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

## REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO 1ª T-Nº 06536/2001, TRT/SC/RO-VA 1430/2001. Publicação: 11/7/2001. Desembargador: Carlos Alberto Godoy Ilha. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

CONVENÇÃO 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>>.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 648. ISBN 9788530960629.

MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. A Convenção n.º 158 da OIT: eficácia normativa à luz da Constituição Federal. **Boletim Jurídico**, n. 1.207, 3 nov. 2014. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3812>> Acesso em: 25 jun. 2017.

SANTIAGO, Emerson. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/organizacao-internacional-do-trabalho>>. Acesso em: 5 maio 2017.

SÚMULA n.º 42 do TRT da 17.ª Região. Arg Inc n.º 0000570-31.2016.5.17.0000: acórdão referente à Súmula n.º 42 disponibilizado no Caderno Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho nº 2153 às páginas 216/221, no dia 23 de janeiro de 2017, considerando-se publicado em 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sumula-42-trt-es.pdf>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 26. jun. 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. **Notícias STF**, 14 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

VIEGAS, Carlos Alberto Carmo. **Convenção 158 da OIT**: breves considerações sobre sua aplicabilidade e consequências. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7936](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7936)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

## A EFICÁCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS

Andressa Karoline da Silva<sup>13</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo discutir a eficácia da prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas, prevista no artigo 7.º, inciso XXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), analisando se tal dispositivo constitucional é coerente com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, mormente com o princípio constitucional do direito de ação, assegurado no art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988. Trata-se de analisar os principais pontos para sua eficácia, bem como a prejudicialidade na garantia de direitos, tais quais o de ação, nos dias atuais, ante a aplicação do instituto da prescrição quinquenal. Por fim, a presente pesquisa busca elucidar tais questões em épocas de crise financeira e política, identificando se há vulnerabilidade ampliada do empregado perante tais situações.

**Palavras-chave:** prescrição quinquenal; direito de ação; créditos trabalhistas.

### INTRODUÇÃO

Esta pesquisa está direcionada em analisar como se dá a eficácia da prescrição quinquenal no Direito do Trabalho, demonstrando que sua aplicação no regime jurídico atual pode comprometer, durante a vigência do contrato de trabalho, o direito constitucional de ação.

Assim, pretende-se analisar no âmbito do Direito do Trabalho a eficácia do instituto da prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas, discorrendo sobre os princípios que norteiam tal instituto no Direito brasileiro, a definição de prescrição no ordenamento jurídico (cível e trabalhista) e conjuntamente verificar sua aplicação ante a crise econômica e financeira que assola o país, demonstrando seus reflexos.

Adotou-se o método de dedução, operacionalizado com as técnicas da pesquisa bibliográfica, fichamentos em livros e internet, em que foram analisadas as referências a respeito do assunto dividindo-se o trabalho em três partes: o histórico do Direito do Trabalho no Brasil e seu marco no ordenamento jurídico; a conceituação do princípio da proteção e suas subjetividades, com breve explanação sobre os contratos individuais do trabalho e os requisitos para que haja o vínculo de emprego, bem como a diferenciação da relação de trabalho com a relação de emprego; e, por fim, a efetividade da aplicação do instituto da prescrição.

### O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E A CRIAÇÃO DA CLT

O Direito do Trabalho no Brasil teve sua primeira aparição constitucional na Carta Imperial de 1824, em seu artigo 179, inciso XXIV, que previa que nenhum gênero de trabalho

---

<sup>13</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille).

seria proibido, desde que não infringisse os costumes públicos, a segurança e a saúde dos cidadãos, apesar de existirem interpretações que ligam o surgimento do Direito do Trabalho à promulgação da Lei Áurea no período Imperial, em razão de ela tratar de uma relação de trabalho ilegal (a escravidão), conforme sustenta Delgado (2015, p. 111):

Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justralhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos a configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo justralhista (a escravidão) como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no país do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que se seguiram a 1888.

Após, somente na Constituição de 1934, quando o Brasil vivia já sob o regime da República, que se ouve falar efetivamente em direitos e garantias ligados aos sindicatos e associações profissionais, além de se promover amparo na produção e se estabelecerem condições para o trabalho na cidade e no campo, conforme dispõem os artigos 120 e 121 da referida Carta Magna:

Art. 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1934 trouxe inovações legais, tais como a proibição de diferença salarial baseada em idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, jornada laboral não excedente a 8 horas, proibição do trabalho para menores de 14 anos, férias, indenização ao trabalhador para casos de demissão sem justa causa, entre outros; estes permanecem em nosso ordenamento nos dias atuais.

Promulgada pelo então presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, a carta conhecida como a “Constituição do Estado Novo” inaugurou o regime ditatorial, centralizando o poder no governo Vargas e trazendo um regime autoritário para a história brasileira. Durante esse período, em meio a diversos problemas e violações a direitos humanos, foi criada a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 10 de novembro de 1943.

Apesar de a década de 1940 ter sido um período de instabilidade mundial por conta dos acontecimentos oriundos da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial e de o Brasil enfrentar um dos momentos históricos mais marcantes de sua história, a CLT chegou com um viés muito moderno, se comparada aos diplomas legais que existiam na época. A figura de ideologia e trabalho em conjunto com a luta das classes trabalhadoras que levaram à confecção da CLT trouxe para nosso ordenamento jurídico um rol amplo de direitos e garantias ao empregado, a necessidade de equiparação daqueles que ocupam os papéis na relação de trabalho e especialmente a estrita necessidade de regulamentação e tutela à saúde e à vida do trabalhador.

Desde então a legislação brasileira tem sofrido uma série de modificações, caminhando em prol daqueles que possuem maior concentração de poder, leia-se capital. Na contramão desse processo, a aplicação tende a ser protetiva ao trabalhador, muitas vezes desafiando a legalidade e o entendimento consolidado construído, o que aproximou a justiça do trabalho à luta de classes suscitada por Marx.

Atualmente o Senado Federal aprovou a reforma trabalhista, projeto que divide opiniões sobre seus benefícios e malefícios. Com sua aprovação, restaram findas a contribuição sindical obrigatória, a possibilidade de mulheres gestantes laborarem em ambientes de insalubridade de grau baixo ou médio, desde que possuam autorização médica, e a possibilidade da prevalência do negociado sobre o legislado, entre outras autorizações.

Por fim, é visível que o cenário trabalhista influi com profundidade na vida de grande parte da população brasileira, uma vez que a grande maioria labora sob regime celetista de trabalho, e por conta disso estão à mercê das modificações de entendimento e divergências de aplicação das normas, que são frequentemente alteradas. Dessa forma, a atenção voltada para tal ramo do Direito deve sempre caminhar sob um viés equilibrado, a fim de avaliar também as condições que as modificações causarão aos trabalhadores, para que estas não impeçam o avanço social, bem como estejam de acordo com as disposições constitucionais.

## PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

30

O contrato individual de trabalho regido pela CLT possui alguns pressupostos a serem preenchidos para a sua caracterização. Em conceito, de acordo com a leitura de Leite (2017, p. 338), o contrato de trabalho é “o negócio jurídico regulado pelo direito do trabalho que estabelece um conjunto de direitos e deveres para o empregado e para o empregador”.

Para sua caracterização, devemos realizar uma leitura do artigo 3.º da CLT, que define quem será empregado no Direito brasileiro. Vejamos: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943). Dessa forma, existirá vínculo contratual celetista toda vez que uma pessoa física prestar serviços a empregador de forma habitual (não eventual) e subordinada (sob a dependência deste), cuja relação possua onerosidade (mediante salário). Caso não estejam presentes os requisitos, a relação em questão deixa de ser de emprego (celetista) e passa a ser considerada uma relação de trabalho. Acerca dessa diferenciação Delgado (2015, p. 297-298) explica:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano [...] admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. [...] A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes.

O Direito do Trabalho é fundamentado em diversos entendimentos principiológicos que orientam sua aplicação. É uma das poucas áreas do direito que não seguem, via de regra, a hierarquia de normas nos termos dados por Kelsen. A aplicação ocorre sempre visando à melhor situação em que se encontrará o trabalhador, dentro da razoabilidade, obviamente. Tal princípio tão poderoso no Direito do Trabalho é o da proteção.

O princípio da proteção, talvez o mais fundamental nessa seara do Direito, é uma norma que visa garantir que a relação desigual entre empregado e empregador se equipare ao ponto de manter entre eles níveis justos de acordo com suas realidades. Tal princípio tem como objetivo

alcançar uma relação de equidade entre empregador e empregado, haja vista que essa relação possui um histórico de vulnerabilidade e inferioridade do empregado perante seu empregador durante o contrato de trabalho, justamente pela dependência econômica, e portanto alimentar de um para com o outro.

Delgado (2015, p. 201) explana sobre o princípio da proteção:

[...] Princípio da Proteção – Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos. Princípios e presunções próprias. Uma teia de proteção a parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio da proteção, no ordenamento brasileiro, se subdivide em: a) *in dubio pro misero* (*in dubio pro operario*); b) aplicação da norma mais favorável; c) condição mais favorável ao trabalhador. Com base nesse princípio e em seus desdobramentos, ocorre a dissolução das controvérsias advindas da relação de emprego. Em se tratando da conceituação de cada subdivisão do princípio protetor, Nascimento desmembra-os em sua obra *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria*, a fim de esclarecer o princípio que é irrigado de importância no Direito do Trabalho brasileiro:

O primeiro, o *in dubio pro operario*, é princípio de interpretação do direito do trabalho, significando que, diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender, entre as hipóteses interpretativas cabíveis, para a mais benéfica ao trabalhador. O segundo, a prevalência da norma favorável ao trabalhador, é princípio de hierarquia para dar solução ao problema da aplicação do direito do trabalho no caso concreto quando duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, caso em que prioritária será a que favorecer o trabalhador. O terceiro, o princípio da condição mais benéfica, tem a função de solucionar o problema da aplicação da norma no tempo para resguardar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformações prejudiciais que poderiam afetá-lo, sendo, portanto, a aplicação, no direito do trabalho, do princípio do direito adquirido do direito comum (NASCIMENTO, 2014, p. 471-472).

Nesse sentido, verifica-se que o Direito do Trabalho possui premissas que levam em consideração a hipossuficiência técnica e econômica do empregado em relação a seu empregador, além de possuir diversos requisitos para a caracterização para o contrato individual do trabalho. Em outras palavras, é um ramo do Direito que caminha rumo à proteção do trabalhador.

## A EFICÁCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

O instituto da prescrição teve surgimento no Direito pretoriano como uma espécie de exceção à regra da perpetuidade das ações, contudo havia também uma preocupação com a utilização de tal instituto como um mecanismo de defesa reservado àqueles que possuíam bens, contra ações de terceiros.

Nos termos do Código Civil de 2002, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição [...]”. Dessa forma, a prescrição é uma pretensão que atinge o titular do direito, impedindo assim que a dívida dure para a eternidade.

O conceito de prescrição nos termos do entendimento civilista caminha no sentido de classificá-lo como a perda do direito de ação para o exercício efetivo de um direito. Nesse sentido, Clóvis Beviláqua (1908, p. 382-383) afirma:

Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor; nós podemos conservar inativos em nosso patrimônio muitos direitos, por tempo indeterminado. O que o torna inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege.

A respeito da prescrição quinquenal no Direito do Trabalho, trata-se do direito ao recebimento do crédito decorrente do contrato de trabalho referente aos últimos cinco anos trabalhados. Vejamos os termos da Súmula 308 do Superior Tribunal do Trabalho (BRASIL, 2005):

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000). II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988.

No mesmo sentido, Leite (2017, p. 609) demonstra a aplicação do instituto da prescrição em um caso concreto:

A título de exemplo, se o contrato de trabalho foi extinto em 10.01.2010, o empregado terá até o dia 10.01.2012 para ajuizar a reclamação trabalhista. Se ajuizar a ação depois desta data, haverá prescrição bienal extintiva da pretensão do direito material trabalhista invocado na demanda, ou seja, todos os créditos decorrentes do contrato de trabalho estarão irremediavelmente prescritos. Se, porém, ajuizar a ação até o dia 10.01.2012, haverá prescrição quinquenal extintiva da pretensão referente aos créditos anteriores a 10.01.2007, ou seja, estarão prescritos todos os créditos anteriores a cinco anos contados da data do ajuizamento da ação, salvo se o direito vindicado estiver assegurado por preceito de lei.

Em épocas de crise econômica, aqueles que continuam empregados tentam ao máximo manter seus trabalhos, uma vez que há natureza alimentar no resultado do seu labor. Diante disso, questiona-se: como o empregado possuirá liberdade para exercer seu direito de ação em face de seu empregador para cobrar eventuais verbas trabalhistas que estão sendo suprimidas, se corre o risco de perder seu emprego? Teria tal empregado a mesma condição de crescimento profissional que seus colegas de trabalho que não postularam em juízo? Sofreria algum tipo de represália?

O artigo 7.º da CRFB/88, em seu inciso I, afirma que é direito do trabalhador uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar. Ocorre que tal lei complementar não foi criada, existindo omissão no presente dispositivo, diante do silêncio do legislador e restando o empregado desoladamente desamparado. Vejamos a transcrição do artigo supracitado:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, ao empregado que mantém seu emprego mesmo que nele haja uma situação de inconformidade com a lei, uma vez que necessita dele para sua subsistência e a de sua família, é justo que, posteriormente exercendo seu direito de agir perante a ilegalidade provocada por seu empregador, arque com os prejuízos que o quinquênio lhe acarreta?

Por mais que a intenção em estabelecer a prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas fosse boa, a fim de resguardar a segurança jurídica, ao se deixar o trabalhador à mercê de tal risco, estaria sendo violado o princípio mais zelado pelo mesmo ramo jurídico trabalhista: o princípio da proteção, haja vista que o empregado tem de escolher entre receber o que lhe é de direito ou permanecer em seu emprego.

Logo, a aplicação da prescrição quinquenal, no atual sistema jurídico, que não garante a estabilidade no emprego, não caminha junto com os princípios do Direito do Trabalho, sendo certo que o abandono do trabalhador diante das problemáticas geradas na relação de emprego e, principalmente, o fato de ter de arcar com as consequências da prescrição quinquenal afrontam o direito constitucional de ação, inserto no art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988.

Sendo assim, em épocas de crise financeira e política, a vulnerabilidade do empregado resta ampliada, eis que se vê impossibilitado de se insurgir contra eventuais questões inerentes ao contrato de emprego, ante o risco de perder seu posto de trabalho e se tornar mais um desempregado.

Isto posto, tem-se questionável a eficácia do instituto da prescrição quinquenal na vigência da relação de emprego, pois o empregado não possui garantia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, eis que inexistente lei complementar, como definido no art. 7.º, inciso I, da CRFB/88, o que inviabiliza o direito de ação, constitucionalmente assegurado no art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se por meio da pesquisa realizada que o Direito do Trabalho brasileiro é um ramo jurídico complexo e dotado de diversas peculiaridades, necessitando de interpretações para definir o que seria de melhor aplicabilidade para o trabalhador e para a sociedade. Após diversas lutas para que os trabalhadores possuíssem direitos básicos e passassem a ser humanizados perante o capital, ainda há um longo campo a ser trilhado e, principalmente, discutido, pois se trata de uma esfera que afeta diretamente grande parte da população. Logo, é muito complexo tomar decisões indiscriminadamente.

Com fundamento nos preceitos aqui discutidos, tem-se que o princípio da proteção deve ser a base do Direito trabalhista, concluindo-se que a aplicação da prescrição quinquenal, mormente em épocas de grande instabilidade econômica e política, tende a prejudicar severamente o trabalhador, punindo-o por sua inércia, quando na realidade os motivos que o levaram à não propositura da ação judicial estão diretamente ligados com a manutenção do seu emprego, sua sobrevivência e a de sua família.

Questiona-se, assim, a eficácia do instituto da prescrição quinquenal, uma vez que o empregado não possui garantia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7.º, I, da CRFB/88), o que afronta o direito de ação inserto no art. 5.º, XXXV, da Carta Magna.

Por fim, imperioso asseverar a necessidade de ampla discussão sobre o tema, posto que a prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas é pacificamente aplicada e tão somente uma corrente minoritária defende (ou discute) sua eficácia, permanecendo o trabalhador desamparado nessa situação que o coloca em uma posição ainda maior de vulnerabilidade.

## REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui O Novo Código Civil. Brasília, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943. Aprova a consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)>.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr80, 2015.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST. **Súmula n.º 308**. 2005. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-308](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-308)>.

## CONTRATO DE TRABALHO EM REGIME DE TEMPO PARCIAL: UM CONTRATO DESCONHECIDO E QUE SOFRERÁ CONSEQUÊNCIAS COM A LEI N.º 13.467/17

Anna Maria Reginini Giacomini<sup>14</sup>

**Resumo:** A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio do artigo 58-A, considera desde 2001 o trabalho de regime parcial aquele cuja duração não exceda vinte e cinco (25) horas semanais, com salário proporcional aos que trabalham em regime integral nas mesmas funções, e veda as horas extras. Atualmente foi publicada a Lei n.º 13.467/17, que prevê o aumento do trabalho em regime parcial para trinta (30) horas semanais, sem horas extras ou com a jornada contratual de vinte e seis (26) horas semanais, com a possibilidade de acrescentar até seis (6) horas semanais. O presente estudo tem por objetivo identificar as principais consequências do novo artigo da CLT, 58-A, salientando-se que o contrato de tempo parcial ainda é pouco utilizado no Brasil. A metodologia utilizada nesta pesquisa consiste em revisão bibliográfica, análise do artigo 58-A da CLT e publicações dispostas pela Anamatra (Associação dos Magistrados Trabalhistas); análise crítica da Lei n.º 13.467/17 e demais publicações sobre o assunto. O resultado deste trabalho é de extrema relevância quanto ao alerta sobre a reforma do contrato de trabalho a tempo parcial, pois com a aprovação da lei decorrente da reforma trabalhista a classe trabalhadora será diretamente afetada e teremos impactos sobre a própria democracia. Isto posto, a proposta de revisão do contrato de regime parcial de trabalho trará consequências de descaracterização da natureza do contrato de emprego, havendo a tendência de substituição de empregados do regime de trabalho integral para o parcial, o que, conseqüentemente, aumentará a desigualdade de renda no Brasil, que já é alarmante.

**Palavras-chave:** contrato de trabalho; regime de tempo parcial; reforma trabalhista.

### INTRODUÇÃO

O contrato de tempo parcial consiste na vinculação do empregado somente parcialmente à jornada de trabalho. É muito utilizado na Noruega, Japão, Suécia, Holanda, Grã-Bretanha e Estados Unidos e foi introduzido no Brasil pela Medida Provisória n.º 1.709 de 6/8/98 (MP 1879-15, de 24/4/99 e depois MP 2164-41, de 24/8/01). Nos países citados a opção por esse contrato permite um bem-estar social mais qualificado ao trabalhador, o que o torna uma escolha flexível à classe trabalhadora, ante a qualidade de vida. Isso não ocorre no Brasil, pois em nosso país tal flexibilização, em regra, importa em baixos salários. Logicamente, qualquer tipo de recorte no salário do empregado se torna inviável.

<sup>14</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille).

Atualmente a adoção do contrato de tempo parcial constitui boa opção para os empregados que não têm a possibilidade de laborar em jornada integral, pois oportuniza a dedicação a outras tarefas no contraturno, destacando a doutrina que é comumente usado por mulheres que desejam dedicar-se aos filhos e à família.

O fato de a nota técnica n.º 2 do Ministério Público do Trabalho apontar que o Projeto de Lei n.º 6.787/2016 prejudicava a classe trabalhadora constituiu o impulso para o desenvolvimento deste artigo, buscando-se explicar sobre seus aspectos positivos e negativos. O estudo demonstrará que a adoção desse contrato poderá trazer benefícios e quem sabe contribuir para a situação político-econômica do Brasil.

O objetivo do presente trabalho é identificar as principais consequências positivas e negativas para o empregador e para o empregado na adoção do contrato de tempo parcial, demonstrando o que será modificado com a Lei n.º 13.467/17. É importante tratar sobre o contrato de tempo parcial, para que ele seja mais conhecido e devidamente utilizado pelas empresas, pois atualmente não é empregado, por parecer inviável, todavia no futuro poderá ser uma solução para a crise do emprego.

## ARTIGO 58-A DA CLT – CONTRATO DE TRABALHO A TEMPO PARCIAL

Segundo o artigo 58-A da CLT, de acordo com a previsão da Medida Provisória n.º 2.164/01 (BRASIL, 2001), que alterou o texto de 1974, considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a 25 horas semanais. Vejamos:

Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais.

§ 1.º - O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

§ 2.º - Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva.

Portanto, o trabalho em regime parcial atualmente é aquele cuja duração não exceda a 25 horas semanais, caso em que o salário a ser pago poderá ser proporcional à duração reduzida da jornada, observados os quantitativos pagos para os que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral (NASCIMENTO, 2013).

As férias são regidas pelo disposto no art. 130-A da CLT, ou seja, após cada período de 12 meses de vigência o empregado tem direito a férias, na seguinte proporção:

**Figura 1** – Período de férias segundo o regime parcial

<b>Duração do trabalho semanal</b>	<b>Período de férias</b>
De 22 horas até 25 horas	18 dias
Superior a 20 horas até 22 horas	16 dias
Superior a 15 horas até 20 horas	14 dias
Superior a 10 horas até 15 horas	12 dias
Superior a 5 horas até 10 horas	10 dias
Igual ou inferior a 5 horas	8 dias

Fonte: Primária

No atual contrato em regime parcial, o salário é pago com base no salário da mesma função, proporcionalmente às horas trabalhadas, as férias ocorrem entre 18 e 8 dias e esses trabalhadores não podem prestar horas extras.

### **ARTIGO 58-A DA CLT – TEXTO ALTERADO PELA LEI N.º 13.467/17, DE 13 DE JULHO DE 2017**

A Lei n.º 13.467/17 efetiva mudanças no artigo 58-A da CLT, considerando trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a 30 horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a 26 horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até 6 horas suplementares semanais. Além disso, foram acrescentados novos parágrafos ao artigo 58-A:

37

Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

§ 1.º - O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

§ 2.º - Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva.

§ 3.º - As horas suplementares à duração do trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal.

§ 4.º - Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3.º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais.

§ 5.º - As horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a sua quitação na folha de pagamento do mês subsequente, caso não sejam compensadas.

§ 6.º - É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário.

§ 7.º - As férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação.

Dessa forma, o trabalhador em regime de tempo parcial poderá trabalhar uma carga horária superior ao atual regime parcial e receberá por essas horas, logo passará a receber mais, diferentemente do que estava sendo posto anteriormente. Ademais, as férias passarão a ser regidas pelo artigo 130 da CLT, ou seja, após cada período de 12 meses de vigência do contrato de emprego o empregado terá direito a 30 dias de férias.

## CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DA LEI N.º 13.467/2017

Conforme Nota Técnica n.º 2, de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT), a fronteira entre tempo parcial e tempo integral torna-se muito reduzida (73%) com a alteração promovida, o que descaracteriza completamente a natureza do regime de tempo parcial. Além disso, o projeto afasta-se completamente de qualquer propósito de favorecer a criação de novos empregos e postos de trabalho. Ademais, acentua a desigualdade de renda no Brasil, que já apresenta níveis alarmantes.

Nesse contexto, medidas que comprovadamente conduzem à ampliação dos contratos por tempo parcial e temporários merecem, a nosso ver, ser sumariamente descartadas. Menciona-se, também, uma possível inconstitucionalidade no artigo 58-A reformado, pois na Constituição Federal de 1988, no artigo 7.º, XIII, afirma-se que o tempo semanal de trabalho é de 44 horas; com isso a diferença entre contrato de tempo parcial e integral é mínima.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do relatório “World Employment and Social Outlook 2015: The Changing Nature of Jobs”, indica que entre 2009 e 2013, nos países da União Europeia, houve fechamento de aproximadamente 3,3 milhões de postos de trabalho a tempo integral e a abertura de 2,1 milhões de postos de trabalho a tempo parcial, o que resultou em menos direitos dos trabalhadores e precarização do mercado de trabalho.

## CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS DA LEI N.º 13.467/2017

Sendo autorizado o trabalho a tempo parcial de 25 horas semanais para 30 horas semanais, ou ainda 26 horas semanais, com possibilidade de adicionar 6 horas suplementares, totalizando 32 horas semanais, tem-se que há benefício aos empregadores, que podem adequar a capacidade produtiva com as demandas de mercado. Assim mantêm grande parte dos empregados, em vez de demitir a grande maioria para manter a folha de pagamento, dando a possibilidade de até 6 horas extras semanais (nomeadas na Lei n.º 13.467/17 como horas suplementares) se adotado contrato a tempo parcial de 26 horas semanais. As horas suplementares à jornada de trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de 50% sobre o salário-hora normal.

Assim, é bom o trabalho a tempo parcial para pessoas que não podem laborar na jornada completa, como estudantes, que precisam trabalhar e estudar; pessoas que possuem afazeres domésticos ou que cuidam de crianças; idosos, que desejam algumas horas para trabalhar por dia e receber uma renda adicional, entre outros. Essas pessoas que precisam e buscam compatibilizar seus compromissos com o trabalho serão beneficiadas, podendo ocupar postos de trabalho e ter remuneração (MARTINS, 2014).

É possível olhar o contrato de tempo parcial como algo positivo para a nossa sociedade, diante do momento que estamos vivendo economicamente no país, pois se as empresas começarem a usar mais o contrato de tempo parcial será uma boa solução para diminuir o número de desemprego, alarmante nos últimos anos. Isso trará reflexos positivos para o trabalhador, que não ficará desempregado, e para o empregador, que evitará o encerramento das suas atividades e conseguirá atender à demanda em tempos de crise. Diante desses aspectos, automaticamente refletirá numa melhoria político-econômica para o Brasil, possibilitando também a abertura de novos empregos.

## CONCLUSÃO

Embora a Nota Técnica n.º 2 da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT) apresente vários aspectos negativos quanto ao contrato de trabalho a tempo parcial, o que também é suscitado pela OIT (WORLD..., 2015), não há evidências consistentes de que ele contribuirá para a desigualdade ou o desemprego.

A Lei n.º 13.467/17 propõe regras bem definidas que podem trazer benefícios para o trabalhador, conforme os aspectos positivos citados, e para o empregador. O aumento da desigualdade no Brasil não estará relacionado com o tipo de contrato de trabalho, mas, principalmente, à crise financeira e política.

É possível imaginar o contrato de tempo parcial como uma possibilidade de melhorar a situação atual, principalmente no aspecto de empresas que não têm condições de manter seus empregados em tempo integral e passarão a adotar o regime parcial. Por exemplo, nos 28 países da União Europeia (UE-28), o emprego a tempo inteiro diminuiu cerca de 3,3 milhões, enquanto o emprego a tempo parcial aumentou 2,1 milhões. Entre os países com dados disponíveis, apenas o Brasil, a Federação Russa e os Estados Unidos registraram ganhos globais de emprego, impulsionados predominantemente pelo aumento do emprego a tempo integral durante esse período. Em cada um desses casos, o aumento dos postos de trabalho a tempo inteiro mais do que compensou a diminuição do emprego a tempo parcial. Nos países para os quais a informação está disponível, grande parte do aumento do emprego a tempo parcial tem sido involuntário (ou seja, os trabalhadores passaram a trabalhar em tempo parcial porque não estavam disponíveis oportunidades de trabalho em tempo integral).

Vale ressaltar que a doutrina pouco explora o assunto relacionado ao contrato de tempo parcial, o que o torna desconhecido por muitos. Sugere-se, portanto, o desenvolvimento de novas pesquisas sobre o contrato de tempo parcial a fim de validar e complementar as referidas consequências.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 13.467/17, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial** [da República Federativa do Brasil], Brasília, 13 jul. 2017. Seção I, p. 1.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n.º 2164-41, de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis n.ºs 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências. **Diário Oficial Eletrônico**, Brasília, 27 ago. 2001. p. 33.

MARTINS, Sergio P. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Luis Felipe do Nascimento. **O capital globalizado, o investimento estrangeiro e a flexibilização das normas trabalhistas no Brasil**. Curitiba: Gênese, 2005.

NASCIMENTO, Amauri. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SECRETARIA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica n.º 2, de 23 de janeiro de 2017 do PL 6787/2016**. Brasília, 2017.

WORLD Employment and Social Outlook 2015: The changing nature of jobs. International Labour Office. Geneva: OIT, 2015.

## A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E O DIREITO DO TRABALHO

Bruna Prim da Silva<sup>15</sup>

40

**Resumo:** Os direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais sociais e em razão disso merecem proteção jurídica contra os atos estatais que visem a suprimi-los ou alterá-los, sem que ocorram as medidas compensatórias similares ou que as alterações impliquem acréscimo à carga de fruição dos direitos dos cidadãos, nesse caso os trabalhadores. Os direitos fundamentais evitam abusos dos dirigentes com relação aos cidadãos, por isso todo direito fundamental implementado na prática não pode sofrer abalo no que concerne à sua efetividade, por nenhuma medida estatal, haja vista o caráter progressivo desses direitos e, principalmente, em razão da sua essência de fundamentalidade. Isso traz, por efeito, a vedação ao retrocesso social na fruição dos direitos dos trabalhadores. Portanto, a aplicação desse princípio é indispensável no que se refere aos direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente.

**Palavras-chave:** vedação; retrocesso; Direito do Trabalho; direitos fundamentais.

### DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Ao ser promulgada em 1988, a atual Constituição da República Federativa do Brasil consagrou o interesse popular por um sistema político democrático, em que o povo é soberano e deve nortear o Estado por meio de seus representantes. Estes são escolhidos pelo povo por meio de voto livre e devem trabalhar pelo interesse popular no sistema legislativo, com poderes para até mesmo alterar o nosso ordenamento constitucional atual, por meio do Poder Constituinte. Entretanto todo esse poder delegado pelo povo possui limitações, sendo, por conseguinte, restrito aos seus representantes. Dentro dessas limitações, destacam-se os direitos e as garantias fundamentais, descritos e delimitados na Constituição, que não podem ser restritos nem limitados pelo Estado, nem sequer renunciados pelo sujeito.

Os direitos e as garantias fundamentais são o alicerce do Estado, na medida em que evitam abusos dos dirigentes com relação aos cidadãos. Assim, todo direito fundamental implementado na realidade prática não pode sofrer abalo no que concerne à sua efetividade, por nenhuma medida estatal, haja vista o caráter progressivo dos direitos e, sobretudo, por conta da sua “essência de fundamentalidade”, o que traz, conseqüentemente, a vedação ao retrocesso na fruição desses direitos (MELO, 2010).

Os direitos dos trabalhadores são consagrados como os direitos fundamentais sociais, em razão da previsão constitucional, e por isso merecem proteção jurídica eficiente contra os atos estatais que visem a suprimi-los ou alterá-los, sem que ocorram as medidas compensatórias similares ou que essas alterações impliquem um acréscimo à carga de fruição dos direitos dos trabalhadores. Essa proteção jurídica nada mais é do que a aplicação do princípio da proibição ao retrocesso.

<sup>15</sup> Advogada trabalhista. Graduada pela Universidade da Região de Joinville (Univille).

Segundo Machado (2011), o referido princípio foi formulado na Alemanha, em 1978, quando Konrad Hesse elaborou a chamada “teoria da irreversibilidade”, de acordo com a qual seriam inconstitucionais as medidas que tentassem eliminar o seu patamar de desenvolvimento social estabelecido pelas regulamentações estatais.

O autor José Afonso da Silva foi um dos primeiros doutrinadores brasileiros a enfrentar a questão da existência de um princípio de vedação de retrocesso social no campo do direito constitucional nacional. Sendo assim, destaca-se que, ao editar normas constitucionais ou medidas administrativas que concretizem normas constitucionais, o poder público nada mais está fazendo do que cumprir uma imposição que lhe foi determinada pelo constituinte: implementar, na máxima medida possível, os direitos sociais fundamentais previstos constitucionalmente, naquilo que for de sua competência, conforme bem define o autor Carvalho (2011, p. 261).

O princípio da proibição do retrocesso social, também denominado vedação ao retrocesso social, é um dos princípios que, apesar de não estar previsto expressamente no vigente texto constitucional, foram acolhidos pela majoritária doutrina moderna. Conforme determinam Castro e Lazzari (2012, p. 100), o princípio da vedação ao retrocesso consiste na “impossibilidade de redução das implementações dos direitos fundamentais já realizadas na Constituição Federal”.

Isso quer dizer que, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado pelo Estado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet* e, no Brasil, é conhecido como o princípio da proibição do retrocesso (LENZA, 2012, p. 1.317).

Para tanto o legislador, ao regulamentar os direitos da sociedade, deve respeitar o núcleo essencial, dando condições para a implementação de todos os direitos constitucionalmente assegurados, sem nenhuma restrição aos direitos fundamentais. Dessa forma, a lei não poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, pois a emenda à Constituição Federal deve resguardar todos os direitos fundamentais sociais já consagrados pela nossa Constituição Federal.

Por outro lado, os referidos direitos são muito mais do que as normas jurídicas positivadas em uma Constituição Federal, pois são também a certeza de que as liberdades adquiridas pelo homem diante do Estado não lhe serão usurpadas da sua condição de indivíduo de direitos e lhe serão garantidas enquanto existirem na Constituição, em razão da proteção dada pelo princípio da vedação ao retrocesso.

Não cabe conferir imutabilidade às normas relativas a direitos fundamentais, mas segurança jurídica ao assegurar que não sejam suprimidos, ou diminuídos em sua importância e alcance. Tal princípio vincula o legislador infraconstitucional, bem como o legislador constituinte derivado, ao elaborar emendas à Constituição e assegura que, se um determinado direito for alterado, passe por um longo processo de análise para que venha a beneficiar todos os seus destinatários, e não prejudicá-los com a mudança, por isso a importância do princípio da proibição.

A fim de que esses direitos da sociedade sejam devidamente protegidos, são necessárias a existência e a utilização desse princípio constitucional da proibição do retrocesso social, que tem por definição a garantia do progresso adquirido pela sociedade durante todos os períodos de mudanças e de transformações.

Por consequência, tanto a legislação nacional quanto as decisões judiciais não podem abandonar os avanços que se deram ao longo do tempo de aplicação do direito constitucional, com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais.

O princípio da vedação ao retrocesso confere aos direitos fundamentais sociais a estabilidade nas conquistas dispostas na Constituição Federal, proibindo o Estado contemporâneo de alterar a garantia de algum progresso, seja por mera liberalidade, seja como escusa de realização de direitos fundamentais sociais.

Cabe ressaltar ainda que os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mudanças na vida cotidiana, mas dita alteração apenas pode vir a acontecer se implicar acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem a perda da concretude para todos os trabalhadores.

Nessa esteira, considerando que os direitos laborais lapidados na Carta Magna de 1988 são direitos humanos, eles também possuem a referida garantia constitucional do não retrocesso social, principalmente em decorrência da expressa natureza progressiva retratada no *caput* do artigo 7.º da Constituição Federal de 1988<sup>16</sup>.

Diante da norma mencionada, denota-se que a Constituição fixa os principais direitos sociais dos trabalhadores e, ainda, claramente firma posição ao mencionar “além de outros” de que outras normas que porventura advierem devem trazer ao obreiro uma condição social melhor do que a anteriormente alcançada no mundo.

Fortalece o entendimento de que a Carta elevou os direitos laborais ao *status* de garantia fundamental, corroborando o fato de esses estarem presentes no Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), em seu artigo 6.º, bem como no Capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), em seu artigo 170, o qual estabelece que toda ordem econômica estará fundada na valorização do trabalho humano.

Conforme ensina Breus (2007), a proibição do retrocesso social está ligada aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana e está expressa na Constituição por meio de alguns institutos, como: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada; limitações constitucionais às restrições legislativas aos direitos fundamentais; limites materiais ao poder de reforma da Constituição Federal; e vedação de produção normativa que leve ao retrocesso na concretização dos direitos sociais.

Dessa forma, apesar de tal princípio não estar explícito na Constituição, é indispensável a sua aplicação, em decorrência da dignidade da pessoa humana e dos princípios relacionados à segurança jurídica, para que não se gere uma insegurança jurídica a toda a sociedade quanto aos direitos fundamentais sociais, também no que se refere aos direitos dos trabalhadores (artigo 7.º, Constituição). Com relação ao tema, Geraldo Magela Melo (2010, p. 65) esclarece o seu surgimento:

É uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo a sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria.

O princípio da proibição do retrocesso social tem a sua gênese consolidada nos ordenamentos jurídicos europeus, especialmente o alemão, o italiano e ainda o português, neste último reforçado pelos ensinamentos de J.J. Canotilho, para o qual os direitos sociais têm força de direitos fundamentais, apresentando, portanto, uma natureza subjetiva e servindo como verdadeiros direitos de defesa perante medidas socialmente retrocedentes (CANOTILHO, 2001). O autor Canotilho (1995, p. 468-469) descreve ainda o princípio da proibição do seguinte modo:

[...] Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (exemplos: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Desta forma, e independentemente do problema fático da irreversibilidade dessas conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...].

<sup>16</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 7.º, *caput*: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]”.

Em outras palavras, todos os direitos sociais – entre os quais se podem destacar os de natureza trabalhista – só são obtidos através do tempo. Nenhum direito social foi reconhecido por um único ato; todos eles demandaram intensas lutas e batalhas. Desse modo, não pode um instrumento legislativo e infraconstitucional retirar dos cidadãos aquilo que conquistaram ao longo dos séculos. O princípio da vedação do retrocesso social surge da união de outros dois preceitos constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e o da segurança jurídica. Serve como garantidor do cumprimento dos mínimos direitos do homem.

Além disso, a Ministra Cármen Lúcia também defende a ideia de que

[...] as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares. Não se há cogitar de retroceder no que é afirmador do patrimônio jurídico e moral do homem havidos em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados [...] (ROCHA, 1999, p. 12).

E o Ministro Celso de Mello, por sua vez, em decisão proferida no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 639.337, igualmente discorre acerca desse princípio:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados<sup>17</sup>.

Desse modo, conclui-se que a aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso social é indispensável para a proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais, entre eles o objeto deste estudo, os direitos de todos os trabalhadores.

## DOS RETROCESSOS SOCIAIS NA PRÁTICA TRABALHISTA

Com base nos parâmetros anteriormente estabelecidos no que diz respeito à vedação ao retrocesso social, passa-se para a análise de determinadas alterações legislativas ou jurisprudenciais e da sua constitucionalidade perante o referido vetor constitucional da vedação ao retrocesso, especificamente os retrocessos na prática trabalhista.

<sup>17</sup> STF, 2.ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello, ARE 639337, julgado em 23/8/2011.

De acordo com Souza (2011), a necessidade de aplicação da cláusula de proibição do retrocesso social decorre do fato de que os direitos trabalhistas foram efetivamente objeto de conquista por meio da luta social. Assim, esse princípio da vedação do retrocesso revela-se como uma forma de garantir que os avanços decorrentes de lutas históricas não sejam suprimidos pelas influências políticas ou econômicas.

Na mesma linha, Ana Paula Bonna afirma que a vedação do retrocesso social se aplica, de maneira especial, ao campo do Direito do Trabalho, norteado pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. A premissa é tão forte, conforme a autora, que “pode tornar uma lei ordinária mais benéfica hierarquicamente superior à própria Constituição, não podendo, pois, com muito mais razão, ser extirpada do ordenamento sem equivalente respaldo de proteção ao trabalhador” (BONNA, 2008).

O primeiro retrocesso no âmbito trabalhista a ser tratado nesta pesquisa refere-se ao pagamento do adicional de insalubridade. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), desde os idos de 1943, regulamentou o pagamento do adicional de insalubridade, o qual visa a compensar o trabalhador dos efeitos que os agentes químicos, físicos e/ou biológicos possam causar à sua saúde e integridade física.

O retrocesso social está presente na base de cálculo do adicional de insalubridade. Atualmente a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, conforme o entendimento da Súmula n.º 228 do Tribunal Superior do Trabalho, que estava vigendo desde o ano de 1985, com nova redação em 2003, e igualmente da Súmula n.º 48 do Tribunal Regional do Trabalho da 12.ª Região, com vigência desde 2015.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos direitos individuais dos trabalhadores o recebimento do adicional de insalubridade, no artigo 7.º, inciso XXIII, trazendo a redação uma norma de eficácia limitada, pois menciona “na forma da lei”. Assim, a Constituição exige uma lei infraconstitucional para regulamentar a matéria para que haja a fruição do direito, nesse caso pela normatização celetista.

O artigo 7.º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 assim dispõe sobre o adicional de insalubridade: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIII – **adicional de remuneração** para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (grifou-se).

Cabe ressaltar, ainda, que a doutrina constitucional aduz acerca da chamada eficácia paralisante das normas constitucionais. Isso significa que uma norma constitucional, ainda que classificada como limitada, como é o caso, possui carga valorativa e impede, no mínimo, a atuação contrária do poder público em relação a um direito estabelecido constitucionalmente. Isso nada mais é do que a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social às normas constitucionais limitadas.

Porém, ante a publicação da Súmula Vinculante n.º 04 do Supremo Tribunal Federal, em 2008, que entendeu estar vedada a utilização do salário mínimo como base de cálculo para vantagem de empregado, o TST alterou a redação de sua Súmula n.º 228 para esclarecer que a base de cálculo passaria então a ser o salário básico. No entanto tal entendimento veio a ser suspenso pelo próprio STF, em sede de medida liminar, na Reclamação de n.º 6.266-MC/DF do ano de 2010, com supedâneo na própria Súmula Vinculante n.º 04 do Supremo Tribunal Federal citada anteriormente, uma vez que o Poder Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do adicional insalubre.

Nesse contexto, criou-se uma celeuma jurídica laboral/constitucional, a qual ofende ao princípio da vedação ao retrocesso, na medida em que havia um direito constitucional fundamental do trabalhador, devidamente implementado, que, por decisão do Poder Judiciário, colocou os trabalhadores em uma situação de total vazio legislativo, sem uma base quantificável do adicional expressamente fixada.

Quanto ao referido tema, o autor Geraldo Magela Melo (2010, p. 67) comenta a retrocessão social existente na base de cálculo do adicional de insalubridade:

[...] Dessa feita, se o Poder Judiciário não pode fixar a base de cálculo, e se os direitos sociais não podem sofrer retrocessão, e se a eficácia paralisante veda a atuação contrária do Poder Público, incluído o Judiciário, em relação a um direito fundamental, a melhor solução para a contenda seria a utilização da teoria das normas ainda constitucionais, ou seja, para se evitar o retrocesso jurídico quanto ao tão importante adicional de insalubridade, dever-se-ia manter a aplicação do artigo 192 da CLT, para considerar o salário mínimo como a base de cálculo, até que advenha uma nova regra legislativa que estabeleça outro parâmetro, com vistas a evitar a simples supressão do direito.

Portanto, essa alteração de entendimentos implicou retrocesso social, tendo em vista que houve a supressão de direitos dos trabalhadores que laboram em ambiente insalubre, em face da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Outra alteração legislativa, recente, que trará um retrocesso social refere-se à Lei n.º 13.419, sancionada em 13 de março de 2017: a Lei da Gorjeta. Essa lei estabelece que a taxa adicional seja incorporada ao salário dos funcionários. Na prática, o empregador terá de pagar impostos sobre a gorjeta, e o empregado receberá o que sobrar após os descontos previstos na lei.

De acordo com a nova lei, o valor das gorjetas será distribuído entre os trabalhadores por meio de critérios de custeio e rateio previstos em norma coletiva, fixando parâmetros máximos de retenção de acordo com o regime de tributação da empresa, exigindo anotação em carteira da média das quantias recebidas e, por fim, determinando para os estabelecimentos com mais de 60 empregados a constituição de uma comissão composta por membros que terão garantia de emprego; tal comissão deverá acompanhar e fiscalizar a cobrança e a distribuição da gorjeta.

No caso de empresas inscritas no regime de tributação federal diferenciado, o denominado “Simples”, é facultada a retenção de até 20% da arrecadação. Para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, o referido percentual pode chegar a até 33%.

Nos dois casos, diz o texto da lei que esses percentuais deverão ser usados “para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados” (artigo 457, parágrafo 6.º, incisos I e II da Lei n.º 13.419). O restante será revertido inteiramente em favor dos trabalhadores.

Dessa forma, verifica-se que o retrocesso social está presente na perda de renda dos trabalhadores que recebem as gorjetas dos clientes, pois até então eles recebiam o seu valor integral e agora os valores serão reduzidos para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas, apontados pela Lei n.º 13.419/2017.

Ademais, há outra crítica a essa lei, conforme afirma Zavanella (2017):

De todo esse apanhado e considerações, podemos extrair que a nova legislação, que passa a vigor em 60 dias, cria embaraços até então não existentes e, sem dúvida, sob suposta valoração das negociações coletivas (a Constituição Federal já trata como garantia fundamental, logo não precisa uma lei infraconstitucional lembrar isso) valida situações que, como apontado acima, são alvos de discussões judiciais que culminam com decisões contrárias ao negociado, porque o Sindicato conduz o ajuste (ao menos em boa parte dos acordos e convenções) de forma a se beneficiar de parte do montante recebido e é destinado aos empregados, por vezes, menos da metade do arrecadado.

Desse modo, é importante destacar que de toda maneira há uma redução de valor das gorjetas pelos empregados, visto que o sindicato, ao conduzir ajuste acerca do tema, pode se beneficiar de parte do montante recebido e destinar aos empregados, por vezes, menos da metade do arrecadado, havendo retrocesso.

Por fim, ainda no que se refere às propostas de reformas trabalhistas atuais, é importante deixar claro que elas pretendem suprimir os direitos dos trabalhadores, sendo ainda temerárias, além de manifestamente inconstitucionais.

Conforme afirma o juiz do trabalho Renato da Fonseca Janon, o argumento de que é preciso reduzir os direitos para gerar empregos é totalmente falacioso. Primeiro, porque em todos os países que já experimentaram a dita “flexibilização” houve um incremento nos índices de desemprego e de informalidade, como, por exemplo, na Espanha e em Portugal. Segundo, porque o argumento político e utilitarista do “mal menor” ofende a dignidade do ser humano, uma vez que a retórica de que o trabalho precário seria melhor do que o desemprego, se levada às suas últimas consequências, justificaria até mesmo uma escravidão dos trabalhadores.

O juiz Renato da Fonseca Janon (2016b) relata que o exemplo espanhol é emblemático, por ser o país europeu que mais “flexibilizou” sua lei trabalhista nas últimas décadas. A dita “flexibilização” teve como consequência um dos mais altos índices de desemprego da Europa (26,8%), além da taxa de 34% de contratação temporária, sobretudo entre jovens, mulheres e profissionais menos qualificados, acentuando a precarização nas relações de trabalho.

Se não bastasse o fato de as propostas das reformas serem abusivas, estas também são inconstitucionais, visto que os direitos sociais previstos no artigo 7.º da Constituição Federal constituem cláusula pétrea e, portanto, não podem ser abolidos, nem reduzidos por emenda constitucional. E, ainda, porque a supressão de direitos trabalhistas também afrontaria o princípio que veda o retrocesso dos avanços sociais. Desse modo, a proibição de mitigar todos os direitos sociais assegurados pelo constituinte originário igualmente transcorre da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social.

Com base nos retrocessos sociais citados, revela-se essencial a atividade jurisdicional na tutela das garantias sociais, diante do quadro de mundialização do capital, de competitividade entre empresas e enfraquecimento do poder sindical. A atividade legislativa deve acompanhar as mudanças da sociedade, contemplando as necessidades econômicas e buscando otimizar todas as conquistas sociais (SOUZA, 2011, p. 266). Por isso a importância de aplicar o princípio da proibição do retrocesso social.

## REFERÊNCIAS

BONNA, Ana Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região**, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e eficácia dos direitos sociais fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

JANON, Renato da Fonseca. Princípio que veda retrocesso social impede ataque aos direitos do trabalhador. **Consultor Jurídico**, 25 jul. 2016a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/renato-janon-direitos-trabalhador-sao-clausulas-petreas>>. Acesso em: 3. jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Reforma trabalhista: reduzir direitos não gera emprego. **Justificando**, 19 set. 2016b. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/19/reforma-trabalhista-reduzir-direitos-nao-gera-emprego/>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212087/cfi/1317!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

MACHADO, André Luiz. O princípio da progressividade e a proibição de retrocesso social. *In*: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional**. v. 3. Curitiba: Juruá, 2011. p. 43-62.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.<sup>a</sup> Região**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. **Flexibilização dos direitos trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social**. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZAVANELLA, Fabiano. **Rateio das gorjetas pode validar situações ainda em discussão judiciário**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256878,61044-Rateio+das+gorjetas+pode+validar+situacoes+ainda+em+discussao>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

## TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHADOR TEMPORÁRIO E OS EFEITOS NO SETOR PRIVADO

Ethieny Vieira Pereira<sup>18</sup>  
Gabriela Briesemeister<sup>19</sup>  
João Vitor Schier Martins<sup>20</sup>

**Resumo:** As constantes tentativas de alterações das leis trabalhistas pelo atual governo vêm sofrendo grandes críticas no Brasil, estas sendo largamente contrapostas pela classe trabalhadora por diversas formas de manifestações de repúdio em todo o território nacional. Após a recente alteração na lei de contratação de empregados temporários essas manifestações se intensificaram, principalmente pela redação que promove a flexibilização e desburocratização da contratação, contando com a nova possibilidade de os empregados desempenharem funções de atividades-fim, além de funções de atividades-meio, já permitidas pela redação da lei anterior. É notória a preocupação do trabalhador com o possível cerceamento de seus direitos, mas é necessário instigar o debate acerca do tema, o qual é de ampla proeminência e necessário, considerando-se o potencial econômico gerado por essa alteração, já que o preenchimento da mão de obra necessária para o desenvolvimento da economia foi facilitado, por sua vez gerando, em tese, o aumento da empregabilidade, conforme será apresentado no decorrer deste artigo. O presente artigo tem como objetivos: analisar os efeitos do trabalho temporário; abordar conceitos necessários para a compreensão do tema; enumerar as condições para o funcionamento de empresas prestadoras de serviços de caráter temporário; examinar os reflexos da alteração da lei para o trabalhador, as empresas contratadas e as empresas contratantes; comparar a Lei n.º 6.019/74 com sua nova redação dada pela Lei n.º 13.429/17. Desse modo, percebe-se a relevância do tema para a proteção dos direitos do trabalhador na atual situação político-econômica e os impactos da nova lei no mercado de trabalho.

**Palavras-chave:** terceirização; Lei n.º 6.019/74; Lei n.º 13.429/17; trabalhador; empregador.

### INTRODUÇÃO

Direito do Trabalho sempre foi um tema de grande discussão em nosso país, mesmo antes da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943 com a era Vargas.

---

<sup>18</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille).

<sup>19</sup> Acadêmica do curso de Direito da Univille.

<sup>20</sup> Acadêmico do curso de Direito da Univille.

Há quem diga que o Direito do Trabalho só serve para proteger o trabalhador e enfraquecer a classe empresária, e há aqueles que digam que a CLT desde sua promulgação até hoje vem sendo retalhada para desfavorecer cada vez mais o trabalhador brasileiro, fazendo com que ele fique cada vez mais submisso e dependente do empregador. Atualmente, de fato, a CLT vem sofrendo minuciosas e sorradeiras alterações que, do ponto de vista da maior parte dos juristas militantes à classe trabalhadora, são ruins para o trabalhador. Para tais juristas, aqueles que as aprovam estão na contramão do interesse do povo, conforme o ministro do TST, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho (*in* NUZZI, 2016), argumenta em entrevista à *Rede Brasil Atual*:

Não é análise de mercado que vai ditar o funcionamento de uma sociedade. Porque quando você parte de uma premissa de que o mercado se tornou mais importante que o direito, então necessariamente acabou o direito, porque o pensamento é todo econômico.

Entre todas essas alterações já feitas e propostas ainda em tramitação, será abordada neste artigo somente a lei do trabalho temporário, esta que teve sua primeira alteração após 43 anos de promulgação da original e que também vem sendo muito discutida no Congresso Nacional, assim como pelos juristas e toda a população.

A Lei n.º 13.429/17, publicada em 31 março de 2017, surgiu com grande polêmica, tendo em vista seus artigos alterados terem retirado a pessoalidade do trabalhador com a empresa tomadora de serviços. Cogitam-se grandes e futuras discussões judiciais, por parte da obscuridade vista em alguns artigos, e, dessa forma, muitos juristas alegam que a referida lei terá de ser pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

## O TRABALHO TEMPORÁRIO

Uma exceção no mercado de emprego, mais comum do que parece, o trabalho temporário é regido pela Lei n.º 6.019/74 (com alterações da Lei n.º 13.429/17) e é a única forma de contratação de mão de obra temporária válida atualmente no Brasil. Segundo a própria lei, o conceito de trabalho temporário é:

Art. 2.º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços (BRASIL, 1974).

Logo, analisando o *caput*, entende-se que, ao contratar mão de obra terceirizada temporariamente, se deve fazê-lo perante uma empresa regularmente inscrita no Ministério do Trabalho como empresa fornecedora de mão de obra temporária, contratando assim a empresa prestadora de serviço, não diretamente a pessoa física. Essa diferença refletirá nas obrigações trabalhistas das empresas para com os empregados, assunto que será tratado posteriormente.

É necessário observar que, quer pública, quer privada, a empresa, em caso de greve de seus servidores ou empregados, não poderá se valer da contratação de trabalhadores temporários, segundo dita o § 1.º do art. 2.º da Lei 13.429/17: “§ 1.º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei” (BRASIL, 2017).

Empresa de trabalho temporário, segundo a própria lei, “é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente” (BRASIL, 1974).

Completando a trilogia do trabalho temporário (trabalhador, empresa prestadora e empresa tomadora), a lei também traz em seu art. 5.º a definição de empresa tomadora de

serviços: “Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário [...]” (BRASIL, 1974).

A lei deixa claro também qual a relação existente entre tomador e contratado: “Art. 10 Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário” (BRASIL, 1974).

Para a celebração do contrato de prestação de trabalho temporário, o dispositivo legal enumera alguns requisitos que devem estar presentes no contrato (celebrado por escrito):

Art. 9.º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá:

- I - qualificação das partes;
- II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário;
- III - prazo da prestação de serviços;
- IV - valor da prestação de serviços;
- V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho (BRASIL, 2017).

O dispositivo legal também regulamenta e delimita o prazo de contratação dos serviços, bem como sua eventual prorrogação:

art. 10 [...]

§ 1.º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

§ 2.º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1.º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram (BRASIL, 2017).

No setor privado, grande parte da demanda por trabalho temporário dá-se pelo aumento de procura por produto ou serviço oferecido. Como exemplo temos a elevação do fluxo de clientes no comércio em época natalina, ou a necessidade de aumentar o lucro em tempos de crise.

É assegurado aos trabalhadores um rol de direitos enquanto contratados pela tomadora de serviços, sob a forma do art. 12:

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

- a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;
- b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);
- c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;
- d) repouso semanal remunerado;
- e) adicional por trabalho noturno;
- f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;
- g) seguro contra acidente do trabalho;
- h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra “c” do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).

§ 1º - Registrar-se-á na Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador sua condição de temporário.

§ 2º - A empresa tomadora ou cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário.

Sobre esse tema doutrinam Gomes e Gottschalk (2012, p. 85):

O trabalho eventual, ocasional ou temporário propriamente dito é aquele que é exigido em linha absolutamente temporária ou transitória, cujo exercício não se integra na faculdade da empresa. Assim, por exemplo, o electricista que é chamado para reparar a instalação elétrica de uma fábrica de tecidos, ou do vigia que é chamado para substituir o efetivo que se afastou em gozo de férias. A Lei n.º 6.019, de 03.01.1974, regulamentada pelo Decreto n.º 73.841, de 13.03.1974, define o trabalho temporário como sendo o que é prestado por pessoa física a uma empresa, para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

Pelos motivos e fundamentos supracitados, é indelével afirmar que, no setor privado, a terceirização do trabalho temporário para o aumento de produção e lucro e até mesmo para a recuperação de empresas é de extrema importância, tendo em vista o papel fundamental de tal setor para a economia, já que é o responsável pela geração de capital e pelo crescimento econômico.

## MUDANÇAS COM A NOVA LEI N.º 13.429/17

A nova lei sancionada pelo presidente Michel Temer entrou em vigor na data de sua publicação, em 31 de março de 2017, alterando a Lei n.º 6.019/74, e como diz em seu preâmbulo “dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas [...] sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros” (BRASIL, 2017). Traz poucos artigos alterados, mas estes importam em uma grande diferença na contratação do trabalhador temporário, como será explicado nos itens a seguir.

### Terceirização do trabalho

A nova redação dada pela Lei n.º 13.429 obriga a empresa tomadora de serviços a realizar a contratação do trabalhador de forma terceirizada, de modo a contratar uma empresa prestadora de serviços que disponibilizará um trabalhador para realizar as atividades no local de trabalho da tomadora. Tal modalidade contratual gera uma situação justralhista trilateral, envolvendo a empresa terceirizante, o trabalhador temporário e a empresa tomadora de serviços, conforme explica Leite (2016, p. 321) de forma muito bem didatizada: “Terceirização nada mais é do que a execução de certas partes da atividade empresarial por pessoas alheias aos quadros da empresa, geralmente por outras empresas”.

Conforme expresso no art. 2.º, *caput* da Lei n.º 13.429/17:

Art. 2.º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição

transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços (BRASIL, 2017).

Note que qualquer tipo de pessoalidade que poderia haver foi descartada, portanto durante a vigência do contrato entre a prestadora e a tomadora de serviços poderá haver rodízio de trabalhadores temporários, pois estes trabalham para a prestadora e não para a tomadora. No contrato entre a prestadora e a tomadora de serviços só são determinados o tempo e a quantidade necessária de trabalhadores, mas não especificamente (referindo-se à pessoa) quem são.

### Condições para o trabalho temporário e a responsabilidade trabalhista

Para começar suas atividades, a empresa que disponibiliza mão de obra temporária deve, obrigatoriamente, nos termos da Lei n.º 13.429/17, comprovar inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) qual se dá na Receita Federal, ter registro na Junta Comercial e demonstrar capital social compatível com o número de empregados com a seguinte proporção:

**Tabela 1** – Relação entre número de empregados e capital social mínimo para funcionamento de empresa de prestação de serviços a terceiros

Número de empregados	Capital mínimo
Até 10 empregados	R\$ 10.000,00
Mais de 10 e até 20 empregados	R\$ 25.000,00
Mais de 20 e até 50 empregados	R\$ 45.000,00
Mais de 50 e até 100 empregados	R\$ 100.000,00
Mais de 100 empregados	R\$ 250.000,00

Fonte: Adaptado de Brasil (2017)

O art. 10 da Lei n.º 13.429/17 diz que “qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário” (BRASIL, 2017).

O grande mal pressentido pelos juristas brasileiros é de que a tal falta de pessoalidade acabe com as garantias trabalhistas asseguradas aos trabalhadores, pois de acordo com Melo (2017) vai precarizar as condições nos ambientes de trabalho, provocando muitos acidentes, tendo em vista a falta de fiscalização, pois as empresas terceirizadas não investem na segurança de seus empregados. No entanto da mesma forma a Lei n.º 13.429/17 traz um remédio para garantir boas condições de trabalho ao trabalhador temporário no art. 9.º, §§ 1.º e 2.º:

§ 1.º - É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2.º - A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

Veja que, quanto à subsidiariedade, o artigo 9.º apenas positivou o que já estava pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho na súmula 331, a qual dispõe:

[...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas

obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (BRASIL, 2011).

[...]

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

### **Direitos do trabalhador temporário**

Quanto aos direitos do trabalhador temporário, não houve alteração, conforme a seguir:

- a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou calculada à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;
- b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20%;
- c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966;
- d) repouso semanal remunerado;
- e) adicional por trabalho noturno;
- f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;
- g) seguro contra acidente de trabalho;
- h) proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social.

### **EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO TEMPORÁRIO NO SETOR PRIVADO**

Desde a aprovação da lei que rege os contratos de trabalho temporários, em março de 2017, muito se tem questionado e debatido sobre quais seriam os impactos da terceirização do trabalho temporário e como esta afetaria as relações de trabalho. Segundo o movimento sindicalista e a classe de juristas militantes do direito do trabalho, a terceirização realizada de forma irrestrita resultaria em um colapso nas relações de trabalho, acarretando uma insegurança dos trabalhadores efetivos em serem substituídos por outros terceirizados. Nesse entendimento a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) lamenta aprovação de projeto de lei que libera a prática em todas as atividades da empresa, expedindo a seguinte nota pública:

#### **NOTA PÚBLICA**

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, entidade que representa cerca de 4 mil juízes do Trabalho, tendo em vista a aprovação, na noite desta quarta-feira (22/3), do Projeto de Lei (PL) n.º 4.302/1998, que regulamenta a terceirização nas atividades meio e fim, bem como na iniciativa privada e no serviço público, vem a público se manifestar nos seguintes termos:

1 – A proposta, indubitavelmente, acarretará para milhões de trabalhadores no Brasil o rebaixamento de salários e de suas condições de trabalho, instituindo como regra a precarização nas relações laborais.

2 – O projeto agrava o quadro em que hoje se encontram aproximadamente 12 milhões de trabalhadores terceirizados, contra 35 milhões de contratados diretamente, números que podem ser invertidos com a aprovação do texto hoje apreciado.

3 – Não se pode deixar de lembrar a elevada taxa de rotatividade que acomete os profissionais terceirizados, que trabalham em média 3 horas a mais que os empregados diretos, além de ficarem em média 2,7 anos no emprego intermediado, enquanto os contratados permanentes ficam em seus postos de trabalho, em média, por 5,8 anos.

4 – O já elevado número de acidentes de trabalho no Brasil (de dez acidentes, oito acontecem com empregados terceirizados) tende a ser agravado ainda mais, gerando prejuízos para esses trabalhadores, para a Sistema Único de Saúde e para a Previdência Social que, além do mais, sofrerá impactos negativos até mesmo pela redução global de recolhimentos mensais, fruto de um projeto completamente incoerente e que só gera proveito para o poder econômico.

5 – A aprovação da proposta, indubitavelmente, colide com os compromissos de proteção à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho previstos no art. 1.º da Constituição Federal que, também em seu artigo 3.º, estabelece como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

6 – A Anamatra lamenta a aprovação do PL n.º 4302/98, firme na certeza de que não se trata de matéria de interesse do povo brasileiro e de que a medida contribuirá apenas para o empobrecimento da nação e de seus trabalhadores.

7 – Desse modo, conclama o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Dr. Michel Temer, a vetar o projeto, única hipótese de afirmar os princípios constitucionais que asseguram dignidade e a cidadania aos trabalhadores (TERCEIRIZAÇÃO..., 2017).

Na contramão, o setor empresarial é, em sua grande maioria, favorável à terceirização, tendo em vista a realidade atual e a consumação dessa modalidade trabalhista nas empresas.

Diante desse cenário de divergência de opiniões, vemos que o ministro Ives Gandra Filho, presidente do Tribunal Superior do Trabalho, em entrevista a Marcos de Vasconcellos em 2016, já nos alertava quanto ao regulamento da terceirização:

Atualmente, apenas a Súmula 331 do TST funciona como parâmetro, o que é notoriamente insuficiente, já que até fiscais do trabalho passam a ser juízes, interpretando o que seja atividade-fim e atividade-meio, para efeito de fixação da licitude da contratação. Se o Supremo entender que atividade-fim também é passível de terceirização, então o marco regulatório será mais necessário ainda.

Uma das mudanças mais expressivas e que, absolutamente, impactarão o mercado de trabalho é a possibilidade de contratação de serviços temporários em atividades-fim, não apenas em atividades-meio. Entende-se por atividade-fim aquela que está ligada diretamente com a atividade produtiva ou comercial da empresa. Exemplo: a atividade-fim de uma metalúrgica é o trabalho com metais. Já suas atividades-meio podem englobar a segurança, a limpeza, a cozinha etc. Com isso uma oportunidade se abre: trabalhadores capacitados, antes desempregados, agora poderão exercer suas atividades profissionais de forma temporária e com sua Carteira de Trabalho assinada.

Refere o mesmo autor, para o efeito de distinguir atividade-fim e atividade-meio, da necessidade de “perseguir as estritas operações que conduzem ao seu objeto final e a ele sempre remeter-se, para que se conceitue o mais

aproximativamente possível, o que se deva entender por atividade-fim” (*op. cit.* p. 304/305), além de referir que a preocupação se assemelha à que existe no âmbito do Direito Civil, quando se procura distinguir obrigações de meio e obrigações de resultado (Brasil, 2012<sup>21</sup> *apud* PEREIRA; SOUZA, 2014).

Prolongado é, também, o debate sobre os direitos trabalhistas que seriam possivelmente suprimidos ou até mesmos retirados dos trabalhadores em regime temporário, perante os que trabalham sob o regime CLT. Sobre essa possível supressão de direitos, o texto da Lei n.º 13.429/17 (BRASIL, 2017) é claro em seu art. 10, § 7.º:

§ 7.º - A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.

Dessa forma, ao trabalhador são resguardados seus direitos trabalhistas, tornando a empresa tomadora de serviço subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, tais sejam o pagamento do salário, o recolhimento de contribuições relativas à Previdência Social, FGTS, entre outros encargos. Assim, se a empresa contratada não cumprir com suas obrigações, a empresa contratante torna-se obrigada a cumpri-las.

Em contrapartida, o ministro Maurício Delgado, do Tribunal Superior do Trabalho, afirma:

A terceirização, ampliada como seria, significará um rebaixamento na renda do trabalho de cerca de 20 milhões de pessoas de imediato. Ao se generalizar, as categorias profissionais tenderão a desaparecer no país. Todas as empresas vão terceirizar as suas atividades. Esse desaparecimento terá um efeito avassalador sobre as conquistas históricas trabalhistas sedimentadas há 70 anos no país e reconhecidas pela Constituição. Naturalmente, a generalização provocará uma piora nas condições de saúde do trabalhador (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2013).

Na opinião do ministro, a terceirização, se ampliada para atividades-fim, acarretaria rebaixamento ao trabalhador e beneficiaria apenas os empresários. No entanto, de forma totalmente contrária, vemos José Pastore e José Eduardo G. Pastore mostrando que há sim benefícios na terceirização do trabalho:

A terceirização gera empregos e distribui riquezas; incrementa a produtividade; aumenta a especialização; [...]. Com isso, a terceirização prepara a empresa para novos investimentos e geração de empregos, tanto indiretos quanto diretos. Em empregos indiretos florescem por conta dos empregados terceirizados contratados, que permitem que a empresa contratante da terceirização [...] possa alocar esses recursos também na contratação de novos empregados (PASTORE; PASTORE, 2015, p. 11).

<sup>21</sup> BRASIL. Recurso de revista n. 5533-49.2010.5.15.0000, de 12 de dezembro de 2012. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 19 dez. 2012. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#vid/-412271358>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

## CONCLUSÃO

No início do artigo, ressaltou-se a importância do tema e as infinitas discussões a respeito dele. Durante o desenvolvimento foram abordados os dois lados da relação trabalhista: empregador e empregado. Viu-se que cada um dos lados tem suas crenças e argumentos a respeito da terceirização do trabalho temporário, no entanto a pergunta que resta é: como ficará a vida do trabalhador a partir de agora?

Apesar de o tema ser antigo, a terceirização irrestrita é novidade, e infelizmente no Brasil se costuma, pela mentalidade colonial, buscar um remédio para as consequências, em vez de atacar a causa do problema. As relações de trabalho mudaram, e precisamos adaptá-las com uma política trabalhista séria.

No Brasil temos o hábito de atacar as consequências, não as causas dos problemas. Criamos o Bolsa-Família para combater a miséria, mas não garantimos educação básica de qualidade a todos. Para impedir que a indústria nacional seja esmagada, taxamos as importações, em vez de baratearmos os nossos produtos. Para combater a inflação, o governo represa tarifas públicas, em lugar de acabar de desindexar nossa economia (AMORIM, 2015).

Podemos não perceber de imediato, mas escritórios de advocacia, contabilidade, agências de publicidade, empresas de segurança, entre outros, nada mais são que frutos da terceirização; em vez de se contratar um profissional para sua empresa, contrata-se uma empresa com esses profissionais para dispor do seu trabalho. Isso possibilitou uma especialização de tais serviços.

Hoje vivemos uma fragmentação global da cadeia de produção, o chamado *global supply chains*<sup>22</sup>, e negar a existência da terceirização do trabalho seria apenas uma forma imatura de ignorar a evolução das relações de trabalho, evitar mudanças e manter o *status quo*, continuar com o mesmo do mesmo e “virar as costas” para os avanços tecnológicos.

Podemos concluir que a nova lei do trabalho temporário possibilitou a terceirização desses trabalhadores sem que eles fossem diminuídos pelos efetivos, assim inserindo toda a mão de obra ociosa de volta ao mercado de trabalho e possibilitando que a economia respire novamente.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Ricardo. **Terceirização: causas e consequências**. Maio 2015. Disponível em: <[http://ricamconsultoria.com.br/news/artigos/palestra\\_terceirizacao\\_causas\\_e\\_consequencias](http://ricamconsultoria.com.br/news/artigos/palestra_terceirizacao_causas_e_consequencias)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

AZEVEDO, Carlos Alberto Schmitt de. **Terceirização e o impacto nas relações de trabalho**. 27 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnpl.org.br/new/index.php/81-destaque/1161-terceirizacao-e-o-impacto-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Brasília, 1974. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm)>. Acesso em: 1.º jun. 2017.

BRASIL. Casa Civil. **Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei n.º 6.019. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)>. Acesso em: 1.º jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 331, de 31 de maio de 2011**. Contrato de prestação de serviço. Legalidade. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

<sup>22</sup> Numa tradução livre, “cadeia de fornecimento global” é uma expressão inglesa que significa a fragmentação do processo de produção em âmbito mundial, em que há várias empresas participando do processo de produção de determinado produto, porém em países distintos.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **Ministros do TST divergem sobre projeto que regulamenta a terceirização**. 18 set. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/452342-MINISTROS-DO-TST-DIVERGEM-SOBRE-PROJETO-QUE-REGULAMENTA-A-TERCEIRIZACAO.html>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. (Minha Biblioteca). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4913-6>>.

LEITE, Carlos Henrique Bezza. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Minha Biblioteca). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547202729/>>.

MELO, Raimundo Simão de. Lei da Terceirização retira garantias e precariza relações de trabalho. **Consultor Jurídico**, 21 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-21/reflexoes-trabalhistas-lei-terceirizacao-retira-garantias-preciza-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

NUZZI, Vitor. Para ministro do TST, terceirização faz de pessoas mercadorias. **Rede Brasil Atual**, 23 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2016/11/para-ministro-do-TST-terceirizacao-transforma-pessoas-em-mercadorias-767.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. **Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o Direito**. São Paulo: LTr, 2015.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de. Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade-meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ed. 201, jan.-mar. 2014. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril\\_v51\\_n201\\_p175.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p175.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SIQUEIRA, Germano Silveira de. Terceirização: Anamatra lamenta aprovação de projeto de lei que libera a prática em todas as atividades da empresa. **Anamatra**, 22 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25081-terceirizacao-anamatra-lamenta-aprovacao-de-projeto-de-lei-que-libera-a-pratica-em-todas-as-atividades-da-empresa>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

TERCEIRIZAÇÃO: Anamatra lamenta aprovação de projeto de lei que libera a prática em todas as atividades da empresa. 22 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25081-terceirizacao-anamatra-lamenta-aprovacao-de-projeto-de-lei-que-libera-a-pratica-em-todas-as-atividades-da-empresa>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

TV MIGALHAS. **Especialistas criticam lei de terceirização e alterações da CLT**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI260344,11049-Especialistas+criticam+lei+de+terceirizacao+e+alteracoes+da+CLT>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

VASCONCELLOS, Marcos de. Proteção ao emprego – “Período de crise econômica exige reforma da legislação trabalhista”. Entrevista: Ives Granda da Silva Martins Filho, presidente do TST. **Consultor Jurídico**, 15 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/entrevista-ives-gandra-silva-martins-filho-presidente-tst>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

## REFORMA TRABALHISTA E O PAPEL DO SINDICATO: PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E INCONSTITUCIONALIDADE

Fernando Ramos de Oliveira<sup>23</sup>

**Resumo:** Este artigo discorre acerca da recém-aprovada reforma trabalhista – Lei n.º 13.467/2017 –, mais especificamente a prevalência do negociado sobre o legislado e a importância dos sindicatos como protagonistas desse processo. O objetivo é esclarecer informações relativas à reforma, que altera mais de cem pontos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tendo em vista que o expressivo volume de informações muitas vezes traz como principal consequência a desorientação do cidadão, impossibilitando-o de formar uma opinião na perspectiva da cidadania ativa. Ao discorrer sobre a inconstitucionalidade da reforma no ponto em que esta permite a suplantação do negociado sobre o legislado, o artigo explicita as razões de tal posicionamento, ao mesmo tempo em que demonstra o quão imprescindíveis são os sindicatos nesse contexto. Por outro lado, não deixa de mencionar a importância dessas associações na defesa dos interesses da classe que representam, ao mesmo tempo em que traz à luz o problema da unicidade sindical para a proteção de direitos trabalhistas constitucionalmente resguardados. A relevância do tema nos campos acadêmico, científico e social torna-se cada vez mais evidente na medida em que questões de indiscutível importância são abordadas, com o posterior repasse dos resultados para a comunidade acadêmica.

**Palavras-chave:** reforma trabalhista; sindicatos; inconstitucionalidade.

### INTRODUÇÃO

Um ponto da reforma trabalhista que chama atenção é o que permite a prevalência do negociado sobre o legislado, contudo há de se destacar que tal situação já existe no texto constitucional.

Merece ser lembrado, inicialmente, que o artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal, ao prever que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, já estabelece que a convenção ou o acordo coletivo de trabalho possuem força de lei (FLEURY, 2017).

Cabe ressaltar que isso se aplica nos casos em que a convenção ou acordo for mais benéfico à classe operária, indo ao encontro do estabelecido no *caput* do artigo 7.º da Carta Magna.

Desse modo, há de se indagar o porquê de a Lei n.º 13.467/2017 trazer tal questão em seu texto, uma vez que a prevalência do negociado sobre o legislado, conforme mencionado,

---

<sup>23</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille).

já está constitucionalmente prevista. Logo, percebe-se que o objetivo da reforma recentemente aprovada – concebida como o Projeto de Lei (PL) n.º 6.787/2016 – parece ser a exclusão de direitos trabalhistas por meio de atos disfarçados de acordos coletivos.

## NEGOCIADO X LEGISLADO

O ordenamento jurídico brasileiro já prevê, incontrovertidamente, a prevalência do negociado sobre a lei sempre que a negociação significar a criação de novo benefício já previsto em lei. Desse modo, há que se indagar o propósito do PL n.º 6.787/2016, transformado na Lei n.º 13.467/17, que se aproxima da permissão legal de exclusão de direitos trabalhistas pela via negocial. Se a intenção da reforma fosse beneficiar os trabalhadores com novos direitos e melhores condições de trabalho, a proposta seria completamente desnecessária, eis que o artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal já reconhece a supremacia dos acordos e convenções coletivos (FLEURY, 2017).

Percebe-se, então, que a inclusão de um dispositivo constitucional na reforma trabalhista afronta, paradoxalmente, a Constituição de 1988, na medida em que omite pontos essenciais à classe trabalhadora. A omissão de que a prevalência do negociado sobre o legislado ocorra somente sob a condição de que seja mais benéfico à classe trabalhadora leva a crer que o propósito dessa nova lei é simplesmente atender aos anseios da classe patronal em uma época de crise.

Um exemplo que vai na contramão do correto entendimento de que a negociação coletiva é um instrumento democrático de inclusão social que visa evitar o rebaixamento das condições de vida da classe trabalhadora é a decisão do ministro Luís Roberto Barroso, do STF, no “Caso Besc”. Antes de sua privatização, o Banco do Estado de Santa Catarina (Besc) fez um acordo coletivo com o sindicato de seus empregados em que havia uma cláusula de quitação geral. Mediante tal cláusula, o empregado receberia sua indenização, mas não poderia requerer eventuais diferenças em processo judicial. No TST, venceu o entendimento de que era nula a cláusula de quitação geral. Desse modo, o trabalhador poderia discutir quaisquer diferenças em relação às parcelas pagas. No entanto, ao chegar ao STF, a questão foi interpretada de maneira diversa. Mediante a interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal, o banco conseguiu reverter a decisão, ficando assentado no STF que a cláusula era válida, tendo sido afirmado, em apertada síntese, que: I) a Constituição Federal prestigiou a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador participará da formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho; II) os acordos e convenções coletivas são instrumentos legítimos de prevenção de conflitos trabalhistas, podendo ser utilizados, inclusive, para redução de direitos trabalhistas (VEIGA; PINHEIRO, 2017).

Importante asseverar que é lamentável a decisão do ministro anteriormente referenciada – em que pese ser digna de respeito –, levando-se em consideração que qualquer redução de direitos trabalhistas, por mais que objetive evitar conflitos, é contrária aos princípios constitucionalmente previstos. O próprio ministro reconhece a centralidade dos direitos fundamentais, apesar de defender que a flexibilização possibilita a concretude da justiça, embasando, de certa forma, a decisão supratranscrita.

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas –, e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto (BARROSO, 2013).

Não há, porém, que se falar em previsão de flexibilidade em relação a determinados direitos. E, tratando-se da esfera trabalhista, impossível não mencionar o princípio da proteção, que visa justamente resguardar os direitos da parte hipossuficiente.

Enquanto no Direito Civil se assegura a igualdade jurídica dos contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação é proteger a parte economicamente mais fraca, visando-se alcançar uma igualdade substancial, conforme suscitado por Martins Filho (2002):

[...] Regra do *in dubio pro operario* – escolher, entre vários sentidos da norma, aquele que seja mais favorável ao empregado (diferente do Direito Civil, em que os casos duvidosos são resolvidos a favor do devedor). Supõe a existência de dúvida (não se pode ir contra a vontade expressa do legislador).

E é justamente esse princípio, além de outros, que sofreu uma inversão na reforma trabalhista, o qual representa uma supressão de regras que favorecem o trabalhador, exercendo um papel de desconstrução dos direitos trabalhistas, e a prevalência do negociado sobre o legislado, da forma como foi proposta, é um redutor de tais direitos.

O conteúdo do Projeto de Lei, ao contrário do afirmado pela imprensa, desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho (BOMFIM, 2017).

Acerca da negociação coletiva e da importância de ela não perder suas características essenciais, Delgado (2017) entende ser esta um instrumento próprio de regimes democráticos, tendo a inclusão como sua característica primordial.

Afinal, a negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é importante veículo institucionalizado para a busca de maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. Entretanto, se não exercer esse papel – ao invés, passando a se transmutar em mecanismo de rebaixamento das condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora –, ela se encontrará desfigurada, descaracterizada, posta distante de sua função histórica, lógica e teleológica no Direito Coletivo do Trabalho.

Outro ponto que consta na Lei n.º 13.467/2017 é o fim da obrigatoriedade da homologação das rescisões de contrato nos sindicatos, inserido no texto legislativo sob o argumento de reduzir a burocracia. Porém, tendo-se o empregado como a parte hipossuficiente das relações trabalhistas, certamente que a adoção de tal medida trará riscos para a classe, uma vez que sua aprovação será uma porta escancarada para fraudes, pois o desconhecimento do trabalhador aliado à perda do poder fiscalizador dará margem a atos que visam omitir direitos trabalhistas. Nesse sentido, Nakagawa (2017) assevera:

Na homologação, o empregado que desconhece a legislação tem assistência do sindicato para corrigir eventuais erros. Sem a homologação, o trabalhador estará sozinho e não conseguirá questionar o tema, diz o coordenador nacional de combate às fraudes nas relações de trabalho do Ministério Público do Trabalho, Paulo Joarês. O presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo, Livio Enescu, diz que a mudança é “perigosa” para o trabalhador porque “retira a capacidade fiscalizatória” sobre o encerramento dos contratos. “Os pagamentos poderão ser feitos incorretamente ou pode haver fraude no FGTS, aviso prévio e compensação pelo banco de horas”.

Contudo é salutar o entendimento de que uma reforma nos sindicatos se faz necessária, tendo em vista que a liberdade de negociação encontra barreiras no sistema de unicidade sindical. Vejamos:

[...] é evidente que a negociação coletiva de trabalho realizada por sindicato único não possui legitimidade democrática para dispor de forma contrária à lei, em prejuízo dos trabalhadores, mesmo porque estes não têm assegurada a liberdade sindical de constituir e se filiar a outras entidades sindicais concorrentes, relativas à mesma atividade desenvolvida na base territorial (GARCIA, 2017).

## CONCLUSÃO

Antes de discutir acerca da prevalência do negociado sobre o legislado, é fundamental que se debata sobre a liberdade sindical, considerando que esta é um instrumento imprescindível para a legitimidade de nosso sistema democrático. A classe empresária, ao não concordar com o discurso do senso comum de que em tempos de dificuldade financeira é preciso reforçar as garantias trabalhistas, utiliza como argumento a necessidade de reformar uma CLT “ultrapassada e excessivamente rígida”. Não se trata de uma rigidez do sistema que impediria avanços na legislação, mas sim de respeito a princípios, os quais não podem ser preteridos em favor de interesses de uma classe que busca ditar as regras de acordo com as nuances do mercado. É preciso compreender, afinal, que em momentos de crise a classe trabalhadora precisa de mais proteção e não de atos que lhe retirem direitos constitucionalmente resguardados.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOMFIM, Vólia. Breves comentários às principais alterações propostas pela reforma trabalhista. **Gen Jurídico**, 9 maio 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/05/09/breves-comentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FLEURY, Ronaldo Curado. **Nota Técnica n.º 2, de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho**. Disponível em: <[http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal\\_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/8733bb44-d4db-460c-bc85-](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/8733bb44-d4db-460c-bc85-)>. Acesso em: 27 maio 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Liberdade sindical e reforma trabalhista. **Gen Jurídico**, 23 jun. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/06/23/liberdade-sindical-e-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NAKAGAWA, Fernando. Rescisão de contrato é a maior causa de disputas na justiça trabalhista. **O Estado de S.Paulo**, 14 maio 2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,rescisao-de-contrato-e-a-maior-causa-de-disputas-na-justica-trabalhista,70001779632>>. Acesso em: 24 jun. 2017

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da; PINHEIRO, Luciano Andrade. STF inova e decide que vale o negociado sobre o legislado no âmbito trabalhista. **O Estado de S.Paulo**, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stf-inova-e-decide-que-vale-o-negociado-sobre-o-legislado-no-ambito-trabalhista/>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

## A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO ANTE A CRISE ECONÔMICA

Gustavo Maurício Lenzi<sup>24</sup>

62

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a viabilidade de flexibilizar as normas trabalhistas ante a crise econômica, objetivando a preservação dos empregos e um modelo empresarial mais compatível com as novas condições financeiras do país, a fim de que os empregadores realizem ajustes mais precisos em suas demandas, em consonância com as flutuações do nível de produção. Ademais, é imperioso aduzir que a flexibilização representa a atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva. Nesse diapasão, surgiu o instituto do negociado sobre o legislado, com o advento do Projeto de Lei n.º 6.787/2016, segundo o qual a negociação coletiva produzirá fontes juridicamente válidas, atribuindo-se um padrão mais elevado de direitos do que os contidos pela lei. Outrossim, perante a aprovação do aludido projeto de lei, é notório que a flexibilização das normas conquistou maior legitimidade, notadamente no artigo 611-A da nova redação legal da CLT, o qual traz força de lei às negociações coletivas. Ante o exposto, infere-se a importância do estudo em testilha, sobretudo diante das circunstâncias econômicas que o país enfrenta, razão pela qual se enaltece, nesse processo modernizador, a negociação coletiva em detrimento da lei.

**Palavras-chave:** flexibilização; negociado; legislado; crise; empregos.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho busca investigar o acentuado debate sobre a necessidade de compatibilizar a regulamentação presente nas relações de trabalho, diante do atual momento de crise econômica que o país enfrenta. Desse modo, põe-se em discussão a proposta de prevalência do negociado em face do legislado, considerando não só o atual cenário de crise econômica, mas também o elevado índice de desemprego que atormenta milhões de trabalhadores.

Nesse sentido, insere-se no quadro da flexibilização dos direitos trabalhistas e sociais a figura da prevalência do negociado sobre o legislado, na medida em que o Projeto de Lei n.º 6.787/2016, o qual já foi aprovado no Congresso Nacional e entrará em vigor a partir de 13/11/2017, estabelece a preeminência da convenção ou do acordo coletivo em face da lei quanto às matérias arroladas no art. 611-A da nova redação da CLT.

Ademais, a despeito da determinação constitucional, no Direito do Trabalho deverá prevalecer, em regra, a norma mais favorável ao empregado, conforme art. 7.º, *caput*, da Carta Maior, que faz menção a direitos assegurados aos trabalhadores com o propósito de melhorar as suas condições sociais. Ressalta-se que a premissa de adotar a norma mais favorável ao trabalhador é fruto do prestigiado princípio da proteção, o qual é inerente ao Direito Trabalhista.

<sup>24</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille).

Pois bem, é cediço que a flexibilização das normas do Direito do Trabalho possibilita compatibilizar mudanças de ordem tecnológica, econômica, social ou outros elementos que requeiram adequação célere existentes na correlação entre o trabalho e o capital. Para tanto, não só a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mas também a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 instituíram preceitos que permitem a flexibilização de direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva, objetivando, em síntese, diminuir custos e viabilizar a superação dos períodos de diminuição das demandas empresariais que ameaçam a continuidade das indústrias.

No entanto, no cenário atual, diante da aprovação da Lei n.º 13.467/2017, conhecida popularmente como reforma trabalhista, o instituto da flexibilização das normas trabalhistas por meio de acordos ou convenções coletivas auferiu maior legitimidade, haja vista o art. 611-A conceder força de lei às negociações coletivas.

A intenção é, sem dúvida, conceder maior autonomia aos sindicatos na elaboração das negociações coletivas de trabalho, considerando as características próprias de cada empresa ou profissão. Nesse ínterim, no tocante à crise econômica, a solução ideal para os impasses trabalhistas não se deve atrelar a regra geral, mas, pelo contrário, deve-se trazer uma saída descentralizada mediante a análise do caso concreto.

Dessa forma, é essencial analisar a possibilidade de se flexibilizar em tempo de crise, notadamente sob o prisma da nova redação da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, que enaltece a prevalência do negociado sobre o legislado.

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEIS TRABALHISTAS NO BRASIL**

Na sociedade pré-industrial, havia a escravidão, em que o trabalhador era considerado objeto de trabalho, e não sujeito de direitos. A condição de escravo derivava do fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outras razões. Ao escravo era atribuído o trabalho manual, considerado prejudicial, enquanto os homens livres se dedicavam ao pensamento e à contemplação (BARROS, 2012, p. 43 e 44).

Em virtude das péssimas condições de trabalho, com excessivas jornadas e exploração do labor de mulheres e menores, os trabalhadores começaram a se reunir, a fim de reivindicar melhorias, inclusive salariais, por meio de sindicatos. Dessa forma, pode-se aduzir que a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, foi a principal razão para o surgimento do Direito do Trabalho, com a descoberta da máquina a vapor, a qual substituiu o labor humano (GARCIA, 2007, p. 32).

Ademais, cumpre salientar que, inicialmente, as Constituições brasileiras tratavam apenas da forma do Estado e do sistema de governo. Posteriormente, passaram a versar sobre todos os ramos do Direito e, sobretudo, a respeito do Direito do Trabalho, como ocorre na atual Carta Magna de 1988 (MARTINS, 2012, p. 10).

Diante dessas normas esparsas, que abordam os mais distintos temas trabalhistas, surgiu a necessidade de organizações. Para tanto, foi editado o Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nesse viés, percebe-se que o Direito do Trabalho surgiu em um momento histórico de crise, como resposta política aos problemas sociais acarretados pelos preceitos do capitalismo liberal.

Para Martins, “o objetivo da CLT foi apenas o de reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as. Não se trata de um novo código, ao contrário, a CLT apenas reuniu a legislação existente na época” (MARTINS, 2012, p. 11).

Portanto, a Carta de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país. Impulso relevante, se cotejado com a história anterior do Direito Laboral pátrio (DELGADO, 2009, p. 57).

## O INSTITUTO DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho é um ramo da ciência do Direito muito dinâmico, que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho.

A crise econômica da década de 1980, causada pelo choque dos preços do petróleo que assolou diversos países da Europa, bem como da América, principalmente a América do Sul, provocou o surgimento de novas formas de contratação geradoras de relações de trabalho atípicas. Em função dessa nova realidade, contraposta à rigidez da legislação trabalhista, surgiu uma teoria chamada de flexibilização dos direitos trabalhistas, objetivando adaptar tal dinamismo à realidade laboral (MARTINS, 2012, p. 539). De acordo com Leite (2016, p. 319):

Trata-se de um processo de quebra da rigidez das normas, tendo por objetivo, segundo seus defensores, conciliar a fonte autônoma com a fonte heterônoma do direito do trabalho, preservando, com isso, a saúde da empresa e a continuidade do emprego.

Inicialmente, insta salientar que o instituto da flexibilização expressa a postura do legislador de permitir que as relações entre empregado e empregador sejam equacionadas de forma diversa do que foi estabelecido no contrato de trabalho, assim como que a problemática oriunda do pacto laboral possa motivar solução distinta das normas tradicionais contidas na CLT (MARTINS FILHO, 2002, p. 9).

Nessa toada, flexibilizar é diminuir a rigidez das leis trabalhistas por meio da negociação coletiva, ou seja, é dar ênfase ao negociado em detrimento do legislado. No instituto da flexibilização permanecem as normas básicas de proteção ao trabalhador, no entanto concede-se maior abrangência às convenções e aos acordos, a fim de adaptar as cláusulas contratuais às realidades econômicas da empresa (CORREIA, 2016, p. 60). Nesse viés, Sussekind *et al.* (2004, p. 202) dispõem que,

com a flexibilização, os sistemas legais prevêm fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários.

Dessa forma, as companhias reivindicam a flexibilização para diminuir a forte intervenção do Estado na produção das normas trabalhistas, atribuindo mais autonomia aos sindicatos para regular os vínculos de emprego. Um dos argumentos mais utilizados pelos empresários é de que com a flexibilização haveria maior possibilidade de manter os empregos dos seus funcionários, fato que está intimamente ligado à economia nacional.

## O LIMITE DE FLEXIBILIZAR AS LEIS TRABALHISTAS

Tanto o advento da globalização tecnológica quanto a crise econômica intervieram de tal forma nas relações de trabalho que se demandou uma reconsideração do seu ordenamento jurídico, com o fito de manter a competitividade e o rendimento empresarial. Passou-se, pois, a defender a hipótese de flexibilizar alguns preceitos contidos na legislação.

A flexibilização, *in pejus*, de direitos trabalhistas, mesmo por meio da negociação coletiva, ainda que admitida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é exceção no sistema jurídico. Portanto, jamais será possível concluir que integra os fundamentos, ou seja, a estrutura e a essência do Direito do Trabalho. Isto é, não há como admitir *status* de princípio jurídico à flexibilização (GARCIA, 2016, p. 83).

Por esse ângulo, o ministro do TST Maurício Godinho Delgado adverte que os direitos trabalhistas se dividem entre os de indisponibilidade absoluta e os de indisponibilidade

relativa, de modo que possam limitar a flexibilização excessiva. Nessa toada, define os direitos de indisponibilidade absoluta como aqueles que exigem tutela de interesse público, porquanto representam um estágio mínimo civilizatório, ou, ainda, aqueles que estão protegidos por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Os direitos de indisponibilidade relativa, por seu lado, correspondem a interesse individual ou bilateral simples (DELGADO, 2015, p. 220-221).

Ressalta-se, outrossim, que o fenômeno da flexibilização já existe em nosso ordenamento jurídico, o qual permite a adequação da legislação, por meio de negociação coletiva, às realidades econômicas da empresa e às realidades regionais.

Como toda exceção, naturalmente não se admite interpretação extensiva voltada a reduzir direitos. Portanto, em termos jurídicos, a instituição de reforma trabalhista que disponha sobre a ampla prevalência da negociação coletiva diante da legislação não possui efeito prático se aquela estabelecer direitos em nível inferior a esta. Ou seja, a previsão nesse sentido, por contrariar a essência do Estado Democrático de Direito, não terá validade (GARCIA, 2017, p. 12).

Assim, destacam-se a seguir as principais hipóteses de flexibilização previstas na legislação trabalhista e na Carta Magna de 1988:

### Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A flexibilização não deve incidir sobre os direitos mínimos assegurados ao trabalhador, salvo nos casos previstos na própria Carta Magna, no artigo 7.º e em seus incisos VI, XIII e XIV, os quais possibilitam maior abertura à negociação coletiva:

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - Irredutibilidade do salário, **salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;**

[...]

XIII - Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;**

[...]

XIV - Jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, **salvo negociação coletiva** (BRASIL, 1988, grifos acrescidos).

Portanto, evidencia-se a possibilidade de flexibilizar normas trabalhistas em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), desde que seja mais favorável ao trabalhador, e realizado por convenção ou acordo coletivo.

### Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943

Nesse contexto, insta ressaltar as hipóteses legais de flexibilização das normas que estão contidas na CLT, as quais possuem autorização da CRFB/88, tendo em vista que é da União a competência privativa para legislar sobre direito e processo do trabalho. Assim, colacionam-se a seguir as possibilidades de flexibilização da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (BRASIL, 1943), *in verbis*:

#### a) Horas *in itinere*

Art. 58, § 3.º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, **por meio de acordo ou convenção coletiva**, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração (grifos acrescidos).

## b) Regime por tempo parcial:

Art. 58-A [...] § 2.º Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, **na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva** (grifos acrescidos).

## c) Intervalo intrajornada

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, **salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas** (grifos acrescidos).

d) *Lay off*

Art. 476-A - O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, **mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado**, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação (grifos acrescidos).

Sendo assim, percebe-se que na hipótese de o ordenamento jurídico estatal não autorizar nenhuma derrogação *in pejus* do disposto na lei, a negociação coletiva fica limitada ao tratamento mínimo legal e constitucional, não tendo eficácia a cláusula normativa que contrarie a lei e disponha de modo prejudicial ao trabalhador.

## O INSTITUTO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

A negociação coletiva é essencial para o aperfeiçoamento das relações de trabalho, ao adequar a sua regulação à dinâmica da evolução social e econômica. Com efeito, a prevalência da negociação coletiva em face da legislação trabalhista, segundo o modelo constitucional em vigor, em tese, é admitida com o propósito de melhorar as condições sociais dos trabalhadores (GARCIA, 2017, p. 11).

Nesse ínterim, é cediço que a flexibilização representa a atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições trabalhistas menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, na qual a redução de vantagens econômicas poderá ser compensada pela instituição de outros benefícios, de cunho social, que não onerarão excessivamente a empresa, nos períodos de crise econômica ou de transformação na realidade produtiva (MARTINS FILHO, 2016, p. 65).

Entretanto tal ideal apenas pode ser atingido com um sindicalismo forte, irrestrito a todos os ramos produtivos, de modo que tal poder de barganha, alcançado pela união dos trabalhadores, torne equilibrado o diálogo entre empregadores e empregados. Nessa conjuntura teríamos a prevalência do negociado sobre o legislado (MARTINS FILHO, 2016, p. 65).

Na linguagem de Delgado (2005, p. 1.319-1.321), o negociado sobre o legislado baseia-se no mandamento nuclear segundo o qual a negociação coletiva somente produzirá fontes juridicamente válidas se estas apresentarem um padrão mais elevado do que aquele produzido pela lei.

Isto é, a despeito do sistema constitucional ora vigente, o qual consagra a aplicabilidade das fontes mais favoráveis ao trabalhador diante de uma pluralidade normativa (*caput* do art. 7.º da CRFB/88), não há razões jurídicas para aceitar que um acordo ou convenção coletiva imponha um padrão específico menos vantajoso do que aquele constante da lei (MARTINEZ, 2016, p. 831).

Desse modo, a parte mais vulnerável da relação de trabalho merece tratamento jurídico superior, por meio de medidas protetoras, para se alcançar a efetiva igualdade substancial (MARTINS, 2000, p. 127).

## A FLEXIBILIZAÇÃO ANTE A REFORMA TRABALHISTA

O art. 611-A (GARCIA, 2017, p. 35) da CLT, acrescentado pelo Projeto de Lei n.º 6.787/2016, passou a prescrever que a convenção ou o acordo coletivo de trabalho possui “força de lei” quando dispuser sobre as matérias contidas em seus incisos. Assim, tendo em vista que os aludidos instrumentos coletivos são negócios jurídicos dotados de eficácia normativa, é evidente prever a sua força legal, *in verbis*:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho **têm prevalência sobre a lei** quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas individual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego, de que trata a Lei n.º 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - identificação dos cargos que demandam a fixação da cota de aprendiz;
- XIII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIV - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XVI - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Desse modo, com base na nova redação do art. 611-A da CLT, que enaltece a prevalência do negociado sobre o legislado, percebe-se que o intuito de tal comando é a criação de exceções à regra rígida da lei a fim de autorizar a redução ou a flexibilização de direitos antes garantidos, objetivando não só a manutenção dos postos de trabalho, como também a criação de modelos empresariais mais competitivos no mercado econômico.

É cediço que a reforma trabalhista tem como objetivo central não só a quebra do núcleo rígido do Direito do Trabalho, mas também permitir que a negociação coletiva transija direitos

assegurados aos trabalhadores em prol da manutenção e da geração de empregos. Dessa forma, o artigo 611-A da CLT traz um rol de situações em que será possível atenuar as normas presentes nas relações laborais em busca de melhores condições às partes.

Com efeito, insta ressaltar que é imprescindível haver vantagem econômica compensatória em contrapartida à vantagem reduzida ou suprimida nas hipóteses de flexibilização, sob pena de supressão de direitos sociais e trabalhistas, fato que se choca com o princípio da norma mais favorável ao trabalhador (CASSAR, 2017).

Isto é, em que pese o objetivo do Projeto de Lei n.º 6.787/2016 ser o de estabelecer a prevalência da convenção ou do acordo coletivo diante da lei, quanto às matérias arroladas em seus incisos, é evidente que a interpretação jurídica não pode ser feita de modo apenas literal e isolado, mas deve considerar as demais normas envolvidas.

Ademais, tal premissa também está contida no art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual determina que o juiz deverá atender aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum (GARCIA, 2017, p. 11).

Não bastasse, convém salientar que caso exista mais de uma norma jurídica válida e vigente, aplicável à determinada situação, prevalece aquela mais favorável ao empregado, ainda que essa norma esteja em posição hierárquica formalmente inferior no sistema jurídico.

Ou seja, se o acordo coletivo confere ao empregado direito trabalhista superior ao previsto na Constituição da República de 1988, é o primeiro que deve ser aplicado, porquanto é mais benéfico à parte vulnerável da relação jurídica.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa se propôs a analisar o Projeto de Lei n.º 6.787/2016 diante da possibilidade de se flexibilizarem normas trabalhistas, em conformidade com o artigo 611-A da nova redação da CLT, objetivando, em síntese, a preservação dos postos de trabalho dos empregados, bem como a criação de modelos empresariais mais competitivos no mercado atual.

Desse modo, a norma constitucional de 1988 trouxe hipóteses excepcionais nas quais se admite a adequação das condições de trabalho, ainda que em situações de crise econômica, por meio de negociação coletiva, objetivando a proteção dos empregos, ou seja, em casos de redução de salário, da jornada de trabalho e de turnos ininterruptos de revezamento (art. 7.º, incisos VI, XIII e XIV).

Nesse sentido, constatou-se que o fundamento mais comum para legitimar a flexibilização dos direitos dos trabalhadores está no fato de os procedimentos e métodos de trabalho se mostrarem inapropriados e lentos diante da globalização, e, por conseguinte, surgir a necessidade de mudanças pontuais que sejam convenientes para ambas as partes de uma relação de trabalho.

Sem embargo, não se pode permitir a instituição de reforma trabalhista que disponha sobre a ampla prevalência da negociação coletiva perante a legislação vigente, se os direitos flexibilizados não forem mais vantajosos aos trabalhadores, em conformidade com o princípio da proteção.

Isto é, a realidade brasileira é marcada pela desigualdade social e pela injusta divisão do capital, fato que corrobora a ideia de cautela na negociação coletiva entre empregado e empregador, tendo em vista a nítida superioridade de poderes e interesses, sobretudo em tempos de crise, em que possuir emprego, ainda que com baixos salários, se torna um privilégio.

Ante o exposto, atestou-se que com a aprovação da reforma trabalhista o fenômeno da flexibilização, que já estava presente em nosso ordenamento jurídico, ganhou mais espaço e legitimidade, notadamente com o artigo 611-A, o qual viabiliza a adequação, mediante negociação coletiva com força legal, às realidades econômicas da empresa e aos fatores regionais, de modo que se possam compatibilizar as normas autônomas com as heterônomas.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11.937-11.984.
- CASSAR, Vólia Bomfim. Reforma trabalhista – comentários ao substitutivo do Projeto de Lei 6.787/16. **Migalhas**, 3 maio 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258190,41046-Reforma+trabalhista+Comentarios+ao+substitutivo+do+projeto+de+lei>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Reforma trabalhista com análise do Projeto de Lei 6.787/2016**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho – relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade da relação de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de Direito e processo do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Manual esquemático de Direito e processo do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SUSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. I. 21. ed. São Paulo: LTr, 2004.

## A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Lariane Cristine dos Santos<sup>25</sup>

Simone Feuser<sup>26</sup>

Thaís Bastian Consiglio<sup>27</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo estudar a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na área trabalhista. Assim, por meio de conceitos basilares de responsabilidade civil, buscou-se entender a teoria da chance perdida e sua aplicabilidade no Direito do Trabalho. A perda de uma chance caracteriza-se quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal, sendo os requisitos para a sua configuração, além dos elementos previstos no art. 186 do Código Civil Brasileiro: conduta humana, nexos causal, culpa e dano, a existência de chance real e significativa, a qual resta perdida diante da conduta de outro. A aplicação de tal teoria na Justiça do Trabalho ocorre, por exemplo, com a quebra de expectativa quanto à proposta de emprego ou, ainda, diante de acidentes de trabalho que inviabilizam o trabalhador de conseguir uma função que provavelmente conseguiria não fosse o dano causado. Tal pesquisa se efetuou por meio de apuração bibliográfica, objetivando compreender, inicialmente, o conceito e os elementos da responsabilidade civil e, essencialmente, o surgimento da teoria da perda de uma chance, seu conceito, validade, natureza jurídica, bem como o seu acolhimento pelo Direito do Trabalho. Concluiu-se que o instituto em comento está em evolução, sendo amplamente aplicado pelos operadores do Direito. Todavia há, ainda, certa insegurança jurídica na aplicação da teoria, eis que existem dúvidas quanto à natureza jurídica do instituto, tal como diante da dificuldade encontrada para quantificar, ou seja, valorar a chance perdida.

**Palavras-chave:** perda de uma chance; Direito do Trabalho; responsabilidade civil; indenização.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade identificar o que é a teoria da perda de uma chance, bem como verificar como ocorre a sua aplicação no Direito do Trabalho.

---

<sup>25</sup> Advogada. Graduada pela Universidade da Região de Joinville (Univille).

<sup>26</sup> Advogada. Graduada pela Associação Catarinense de Ensino (ACE).

<sup>27</sup> Advogada. Graduada pela Univille.

É cediço que a responsabilidade civil tem como objetivo a reparação de danos injustos, cometidos com ou sem culpa, no meio das relações sociais e que atualmente se está diante de um quadro de evolução da responsabilização, inclusive na seara trabalhista, considerando a fomentação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da reparação integral dos danos previstos, respectivamente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 1.º, III, e no Código Civil Brasileiro em seu art. 944. Assim, é de suma importância verificar a aplicação das novas teorias quanto à responsabilidade civil e proceder à análise de pertinência no Direito do Trabalho.

Ressalte-se que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance advém da demonstração de uma probabilidade certa e real de obter um resultado ou evitar algum dano. Logo, diante da quebra de uma real probabilidade de resultado, ocasionada por um terceiro, há o instituto da responsabilização por meio da indenização que pode ocorrer, também, no âmbito das relações de trabalho.

O estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance é de extrema importância, tendo em vista que seu instituto visa proteger um direito praticamente certo e provável que foi violado em razão de danos cometidos por outrem. Diante da relevância da teoria, vê-se que no Brasil tal vertente da responsabilização vem adquirindo muitos adeptos e ganhando espaço nos tribunais brasileiros.

## HISTÓRICO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, conforme sustenta boa parte da doutrina que trata sobre o assunto, teve origem na França, local onde era conhecida pela expressão *perte d'une chance*.

Na França ocorreram diversos julgamentos pela Corte de Cassação que versavam sobre a perda de uma chance na seara médica, trabalhista, entre outras. Conforme leciona Silva (2009), já no século XIX a teoria era desenvolvida pela Corte francesa:

Já no século XIX, precisamente em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento. Este é o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa.

Após, a partir de 1940, houve o desenvolvimento da teoria, especialmente no âmbito doutrinário, na Itália, “quando Giovanni Pachioni tratou do assunto na obra *Diritto Civile Italiano*, reportando-se aos casos trazidos pela doutrina francesa” (SAVI, 2009, p. 7).

No Brasil, referida teoria, a princípio, era pouco abordada pelos doutrinadores civilistas, tendo em vista que as obras de Direito Civil teciam poucos comentários acerca do tema (SAVI, 2009, p. 36). Entretanto a teoria ganhou notoriedade no ano de 2000, com o caso do “Show do Milhão”<sup>28</sup>, quando uma participante do programa, Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, após acumular a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), diante do acerto de diversas perguntas formuladas pelo programa, ao chegar à pergunta que acarretaria a premiação de um milhão de reais, não acertou a resposta, considerando a ausência de alternativa correta. Diante desses fatos, a participante do programa processou judicialmente a emissora de televisão,

<sup>28</sup> Programa de televisão brasileiro de perguntas e respostas que esteve no ar entre 1999 e 2003, o qual concedia ao ganhador um prêmio máximo de um milhão de reais em barras de ouro. O programa, que teve diferentes versões no decorrer dos anos, era apresentado pelo empresário Silvio Santos, que fazia ao candidato uma sequência de perguntas sobre conhecimentos gerais (geografia, matemática, português, história) e se o participante acertava acumulava dinheiro, até chegar ao montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). (Show do Milhão. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Show\\_do\\_Milh%C3%A3o](https://pt.wikipedia.org/wiki/Show_do_Milh%C3%A3o)>.)

postulando uma indenização pela quantia perdida, e no Superior Tribunal de Justiça os julgadores entenderam que se tratava de evidente caso em que deveria ser aplicada a teoria da perda de uma chance, conforme explica Silva (2009, p. 204):

O STJ, mesmo sem fazer longa digressão sobre a teoria da perda de uma chance, silenciando sobre os requisitos e particularidades desta, acatou a tese da defesa de que a vítima tinha mera possibilidade de lograr êxito na última questão do programa. Assim, como o obstáculo final consistia em uma questão de múltipla escolha, contendo quatro opções, poder-se-ia dizer, estatisticamente, que a vítima possuía 25% de chances de ganhar os R\$ 500.000,00 e, portanto, sua chance valeria R\$ 125.000,00.

Do exposto, observa-se que a teoria da perda de uma chance pode ser considerada recente. Higa (2012, p. 187) assevera que “a relação de trabalho constitui um dos ramos mais propícios à ocorrência de perda de chances, em suas diversas facetas”.

Logo, conforme será abordado nos próximos itens do presente artigo, o desenvolvimento da teoria em comento está se perfectibilizando e a sua aplicação prosperando pelos tribunais, inclusive na seara trabalhista.

## PREVISÃO LEGAL E CABIMENTO DA TEORIA NO DIREITO DO TRABALHO

Sabe-se que o Direito do Trabalho é um ramo do direito autônomo, com normas e princípios basilares próprios, em razão das peculiaridades que abrangem toda a relação de trabalho, tendo em vista sua origem histórica e finalidade para as quais foi instituído (HIGA, 2012, p. 191).

Por ter normativa específica, as regras de direito comum só poderão ser aplicadas como fonte subsidiária, caso inexistir previsão específica trabalhista e incompatibilidade, a teor do que estabelece a regra hermenêutica prevista no art. 8.º, e em seu parágrafo único, da CLT.

Vale dizer, sob esse viés, que não basta existir uma lacuna no âmbito legislativo trabalhista, devendo existir uma compatibilidade em sentido amplo, também com relação aos princípios.

Veja-se que as normas trabalhistas não trazem em seu bojo determinações sobre a responsabilidade civil em âmbito geral, razão pela qual se passaram a observar as diretrizes entabuladas na Constituição Federal e no Código Civil, considerando que não há nenhuma incompatibilidade.

Em consonância, colhe-se do explanado por Dallegrave Neto (2015, p. 250):

Não há como negar que a indenização pela perda de uma chance decorre da aplicação pura dos elementos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o ato culposo e o nexos causal. Logo, os fundamentos legais são aqueles oriundos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Ademais, embora não exista previsão expressa no Código Civil no que se refere à aplicação de reparação quanto à chance perdida, tal teoria é plenamente aplicável, conforme leciona Cavalieri (*apud* ROSSI; ROSSI, 2007, p. 186), *in verbis*:

Desta forma, a indenização por perda de uma chance, em linhas gerais, traduz-se em uma cláusula geral no âmbito do instituto da responsabilidade civil, que utiliza um conceito aberto de dano, ou seja, conjugando-se os artigos 402, 403 e 944 do Código Civil, os quais, seguramente, trazem em seu bojo a ideia de que os prejuízos advindos da perda da chance também são demonstrados de forma

objetiva. Assim, ao contrário daqueles que não admitem a responsabilidade civil por perda de uma chance, não há qualquer conflito entre os artigos mencionados, pois há uma relação objetiva entre eles, permitindo que o dano compreenda e seja provado de tal forma que seja indenizável tanto aquilo que se perdeu, quanto aquilo que razoavelmente deixou-se de ganhar, ou seja, a indenização será medida pela extensão do dano (art. 944) o qual abarca o prejuízo emergente (art. 402) e o proveito cessante (art. 403), sendo este último limitado por uma relação de causa imediata e direta relativamente aos efeitos do primeiro.

Por fim, considerando que a teoria ora estudada aprimora a reparação de danos injustos, requintando, desta feita, as relação de trabalho, buscando a melhoria da condição social do trabalhador, é plenamente aplicável no Direito do Trabalho.

## NATUREZA JURÍDICA

Ainda há bastante celeuma quanto à natureza jurídica da teoria da perda de uma chance. A dúvida é se a perda de uma chance está enquadrada no conceito de dano emergente, lucros cessantes ou se é uma espécie autônoma. Nesse sentido, leciona Dallegrave Neto (2015, p. 245):

De nossa parte, a solução taxinômica da teoria da perda de uma chance deve partir da constatação de que ela pode ensejar tanto reparação por danos materiais como morias; logo mais do que uma subespécie ou terceiro gênero de dano, a ofensa ao direito de oportunidade da vítima que leva a “perda de uma chance” traduz-se num ato ilícito capaz de gerar indenização à parte prejudicada (art. 927, CC).

Melo<sup>29</sup>, em diferente raciocínio, citado por Dallegrave Neto (2015, p. 245), diz:

Assim, o enquadramento desse dano não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado. Entendo que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante.

De qualquer modo, o ato ilícito pode gerar indenização por dano tanto moral como material, nas espécies de lucros cessantes e danos emergentes.

## APLICAÇÃO DA TEORIA NO DIREITO DO TRABALHO

A teoria da perda de uma chance caracteriza-se “quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 108), ou seja, dá-se quando o prosseguimento normal dos fatos é interrompido por uma ação ou omissão de outrem que acarreta a frustração de um resultado provável, o qual certamente ocorreria não fosse a conduta do terceiro causador do prejuízo, gerando, desta feita, um dano passível de indenização.

<sup>29</sup> MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador** – responsabilidades: danos material, moral, estético e pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

Nessa perspectiva, capta-se a ideia registrada por Gonçalves (2012, p. 174), que caracteriza a perda de uma chance:

Consiste esta na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Ressalta-se que a aplicação da teoria em comento na justiça obreira, apesar da viabilidade em razão dos princípios da “dignidade da pessoa humana” e da “melhoria da condição do trabalhador” (HIGA, 2012, p. 191), não pode importar somente na proteção ao polo hipossuficiente da relação empregatícia.

Isso porque claramente há o caráter bilateral a ser amparado por essa modalidade de responsabilidade civil. Ou seja, existe a ampla possibilidade de o empregador vindicar amparo na reparação de seus danos, bem como aventá-lo em eventual tese defensiva, observando o princípio da eventualidade.

Para exemplificar essa situação, menciona-se a ocasião de ausência de preposto na audiência trabalhista<sup>30</sup>, cujos efeitos acarretam certamente uma condenação quase certa, tendo em vista que a empresa perdeu a sua chance de evitar um prejuízo, ante a impossibilidade de se defender corretamente.

Evidentemente que, como em todos os casos de perda de uma chance, nesse caso específico de ausência de preposto não há como mensurar o valor exato da perda, tendo em vista que mesmo com o comparecimento existiria a possibilidade de procedência dos pedidos. Todavia, com a perda da chance de efetiva defesa, resta clarividente o prejuízo, eis que a empresa perdeu a chance de se defender e de evitar ou diminuir o valor de uma eventual condenação.

Vale destacar que a perda de uma chance pode ser anterior à celebração do contrato entre empregado e empregador, durante a relação laboral e após a ruptura do contrato.

É importante ressaltar que negociações preliminares não geram a perda de uma chance, mas se a empresa deu ao candidato elementos prováveis de contratação que mais tarde, sem explicação plausível, não foi efetivada, tal fato pode ensejar a indenização. Além da perda da chance relacionada à contratação frustrada, se o candidato acabou se desligando do emprego anterior ou deixou de prestar serviços para outro empregador por ter confiado na confirmação da empresa que lhe prometeu o emprego, tais fatos também são passíveis de indenização.

No caso julgado pelo Tribunal Regional do Rio Grande do Sul, houve condenação ao pagamento de indenização por uma empresa que gerou expectativas a um candidato que não foi contratado:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. QUEBRA DE LEGÍTIMA EXPECTATIVA. BOA-FÉ OBJETIVA. Demonstrado nos autos o oferecimento de vaga de emprego ao autor, gerando uma legítima expectativa de emprego, com a consecutiva não efetivação, há violação ao princípio da boa-fé objetiva, que deve orientar os contratantes, impondo-se a condenação da ré ao pagamento de indenizações por danos morais. Para o arbitramento do montante devido a título de danos morais deve ser considerada a gravidade e repercussão do abalo moral sofrido, a condição econômica do ofensor, a circunstância dos ofendidos e, por fim, a intensidade do sofrimento que lhes foi causado (BRASIL, 2016a).

<sup>30</sup> O artigo 843, *caput*, da CLT e seguintes determinam que a ausência do preposto acarretará revelia, além de confissão quanto às matérias de fato.

Na fase contratual, pode-se apresentar um caso envolvendo um empregado que foi desligado pela empresa depois de ter registrado sua candidatura para concorrer ao cargo de dirigente sindical. O caso foi julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, que aplicou a teoria da perda de uma chance e, considerando o fator matemático da probabilidade, condenou a empresa ao pagamento de metade do valor do que o empregado receberia se tivesse sido eleito:

INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. PERDA DA OPORTUNIDADE DE CONCORRER AO CARGO DE DIRIGENTE SINDICAL. VALOR PROPORCIONAL À POSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA VANTAGEM ALMEJADA. A indenização por lucros cessantes visa ressarcir o lesado pela perda da oportunidade de obter um determinado benefício ou uma situação futura melhor, devendo o seu valor ser fixado proporcionalmente à possibilidade de obtenção da vantagem almejada. Constatando-se que a dispensa do empregado ocorreu, tão-somente, em razão da sua candidatura ao cargo de dirigente sindical, impõe-se o pagamento de indenização em valor correspondente à metade das parcelas que lhe seriam pagas durante o período relativo ao mandato e à estabilidade provisória, já que, sendo duas as chapas concorrentes às eleições sindicais, a chance de o autor sagrar-se vencedor era de 50% (BRASIL, 2007).

Também é frequente a aplicação da teoria da perda de uma chance por ocasião de acidente de trabalho ou doença ocupacional.

Nesse sentido, destaca-se julgado oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, que reconheceu a teoria da perda de uma chance e condenou a empresa a indenizar um empregado acometido de doença profissional, por ter perdido a chance de ser promovido, em razão da existência de sistema de promoções adotado pela empregadora:

PERDA DE UMA CHANCE. DOENÇA OCUPACIONAL. Uma vez que a incapacidade laboral para o serviço bancário restou reconhecida no laudo pericial, há que ser ressarcida a empregada, pela perda da chance de ascender profissionalmente dentro da organização produtiva patronal. Não se trata de mera possibilidade, mas de real probabilidade, calcada no notório sistema de promoções adotado pelo Banco reclamado, em que alternam-se os critérios de antiguidade e merecimento (BRASIL, 2016b).

Na hipótese de dano pós-contratual, é possível exemplificar a ocorrência da perda de uma chance com um caso em que, em razão de a empregadora não ter dado baixa na carteira de trabalho do ex-empregado, este deixou de ser contratado em outra empresa, que não firmou contrato por não poder fazer o devido registro. No caso houve comprovação por meio de declaração emitida pela empresa promotora do processo seletivo de que o empregado foi excluído deste por não apresentar a carteira de trabalho com o registro da baixa do contrato de trabalho anterior.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – PERDA DE UMA CHANCE. Demonstrado que a exclusão do reclamante de processo seletivo para emprego decorreu única e exclusivamente da ausência de baixa na CTPS pela antiga empregadora, inegável o enquadramento da conduta da ré no conceito de ato ilícito constante do art. 186 do CC/02, qual seja, a “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, por meio da qual se viola direito de outrem, causando-lhe dano. Sendo assim, há de se imputar à reclamada a responsabilidade por tal chance perdida, uma vez estarem presentes os

pressupostos comuns da responsabilidade civil e os específicos requisitos dessa espécie de responsabilização (a probabilidade séria e concreta de efetivação do resultado esperado e a verificação da perda de uma chance) (BRASIL, 2012).

Pelos casos narrados, vislumbra-se que devem estar presentes os pressupostos da reparação civil – dano, culpa e nexos causal, bem como a existência de uma chance real perdida, o que deve ser comprovado. Não basta, portanto, o ato ilícito, mas também a perda efetiva de uma chance que era real e provável.

Assim, claro está que a teoria da perda de uma chance é plenamente aplicável à seara trabalhista, o que vem ocorrendo nas decisões judiciais, conforme exemplos citados.

## INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE

A indenização em razão da perda de uma chance, a teor do seu conceito, não visa à reparação decorrente do resultado, mas tão somente à oportunidade de alcançá-lo. Ora, não há como ter a certeza efetiva de que, sem a interferência externa, o resultado seria exitoso, havendo mera probabilidade. Savi *apud* Dallegrave Neto (2015, p. 245) afirma: “A quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada”.

Diante dessas peculiaridades, o dano poderá ser arbitrado pelo julgador, de acordo com o que dispõe o art. 509, I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação [...].

Em virtude disso, a indenização deve corresponder à própria chance, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se analisar o instituto da perda de uma chance, ainda bastante novo no Brasil, e sua compatibilidade e aplicação na seara trabalhista.

Pode-se verificar que a indenização decorre da aplicação dos elementos da responsabilidade civil, que são o dano, o ato culposo e o nexos causal entre ambos, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil. Em que pese não haver uma previsão expressa, é cristalino que referidas normas estabeleceram uma cláusula geral de responsabilização, do que se conclui que a indenização pelos danos da perda de uma chance são admissíveis em nosso ordenamento jurídico.

Mas além desses requisitos também é necessária a existência de uma chance séria e real, bem como o nexos causal entre a conduta humana e o dano consubstanciado na perda da chance e a correta quantificação da chance perdida.

Verificou-se que, em virtude do exposto no art. 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho, a perda de uma chance é compatível com seus princípios. Nesse sentido, é certo que as relações de trabalho podem gerar inúmeros danos pela perda de uma chance, especialmente em decorrência da situação de sujeição do empregado em relação ao empregador. Assim, a perda de uma chance verifica-se quando o ato ilícito frustra o auferimento de uma vantagem.

Viu-se que os Tribunais do Trabalho têm analisado, cada vez com mais frequência, ações trabalhistas com o pedido de indenização pela perda de uma chance, sendo possível a ocorrência desse instituto na fase pré-contratual, durante o contrato e no período pós-contratual.

O trabalho não pretendeu esgotar o tema, mas contribuir com a discussão desse assunto que ainda está sendo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência, tudo isso em razão da constante evolução social e das relações interpessoais, que resultam na necessidade de adaptação do Direito.

Nesse sentido, a teoria da perda de uma chance surgiu para abarcar uma situação específica na esfera da responsabilidade civil que não era normatizada, de forma que o não reconhecimento ou não amadurecimento desse instituto no âmbito das relações de trabalho pode ocasionar decisões injustas, tanto no sentido de conceder indenizações integrais, sem considerar a hipótese da perda, como na negativa total da pretensão, deixando a vítima sem direito à indenização pelo dano.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3.<sup>a</sup> Região. Acórdão. Recurso Ordinário n.º 0000600-21.2007.5.03.0146. 3.<sup>a</sup> Turma. Relator Des. Rogério Valle Ferreira. **DEJT**, Belo Horizonte, 18 ago. 2007. Disponível em: <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3.<sup>a</sup> Região. Acórdão. Recurso Ordinário n.º 0000628-13.2011.5.03.0028. 1.<sup>a</sup> Turma. Relator Des. Paulo Mauricio R. Pires. **DEJT**, Belo Horizonte, 18 maio 2012. Disponível em: <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4.<sup>a</sup> Região. Acórdão. Recurso Ordinário n.º 0022562-52.2015.5.04.0030. 5.<sup>a</sup> Turma. Relator Des. Clovis Fernando Schuch Santos. **DEJT**, Porto Alegre, 8 nov. 2016a. Disponível em: <[http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:T1f\\_1XZhfRoJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D7500960%26v%3D15001920+perda+de+uma+chance+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2016-07-30..2017-07-30++&client=jurisp&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:T1f_1XZhfRoJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D7500960%26v%3D15001920+perda+de+uma+chance+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2016-07-30..2017-07-30++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 5.<sup>a</sup> Região. Acórdão. Recurso Ordinário n.º 0000102-84.2014.5.05.0028. 2.<sup>a</sup> Turma. Relator Des. Margareth Rodrigues Costa. **DEJT**, Salvador, 14 jun. 2016b. Disponível em: <[https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v\\_id=743870&texto=perda%20and%20uma%20and%20chance](https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=743870&texto=perda%20and%20uma%20and%20chance)>. Acesso em: 30 jul. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 4: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. São Paulo: Clássica, 2013.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSSI, Julio Cesar; ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SHOW do milhão. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Show\\_do\\_Milh%C3%A3o](https://pt.wikipedia.org/wiki/Show_do_Milh%C3%A3o)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

## A (IN)EFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL

Suiany Zimmermann Bail<sup>31</sup>

79

**Resumo:** A presente pesquisa visou conhecer o ponto de vista de representantes de empresas sobre a real eficiência das normas trabalhistas protetivas em seu intuito de promover a igualdade de oportunidades e tratamento a todos nas relações laborais, além de compreender a opinião destes sobre a finalidade dessa legislação trabalhista protetiva, conhecendo suas perspectivas sobre as ações afirmativas, se influentes, eficientes, vantajosas, desvantajosas, bem como averiguando sugestões de possíveis medidas capazes de gerar melhora no atual cenário. Para resolução desse problema, foi conduzido um estudo de campo. A pesquisa foi desenvolvida no método indutivo de abordagem científica e, quanto à forma de tratamento do problema, pela perspectiva qualitativa. Para a análise dos dados, utilizou-se da análise de conteúdo, no que tange à formulação das interpretações acerca do fenômeno estudado. Como primeiro achado se tem a existência de questionamentos sobre a eficiência das ações afirmativas, conforme as colocações dos participantes da investigação. Estes, em sua maioria, acreditam que a legislação protetiva acaba por não cumprir seus objetivos abstratos de garantir a igualdade substancial. Concordam com a importância da existência da legislação, mas acreditam que certas diferenciações podem gerar o efeito contrário ao desejado e causar ainda mais discriminações nas relações de trabalho. Por fim, defendem a educação e as mudanças comportamentais como as melhores soluções para o problema da desigualdade, ainda que sejam também as mais demoradas.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho; legislação trabalhista; trabalho da mulher; igualdade de gênero; estudo de campo; método indutivo; perspectiva qualitativa; análise de conteúdo.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como objeto a investigação do ponto de vista de representantes de empresas da cidade de Joinville (SC), na qualidade de contratantes nas relações de emprego, sobre a eficiência, ou não, da legislação trabalhista para a promoção da igualdade de gênero no Brasil.

Quanto aos objetivos específicos, buscou-se verificar o entendimento dos(as) empregadores(as) sobre as chamadas leis trabalhistas protetivas; o apontamento de vantagens e desvantagens, se existentes, nessa legislação; as sugestões de possíveis medidas capazes de gerar melhora no atual cenário. Nesse sentido, visam compreender o ponto de vista dos(as) empregadores(as) sobre a referida legislação.

---

<sup>31</sup> Advogada. Graduada pela Universidade da Região de Joinville (Univille).

A escolha do tema surgiu de uma inquietação pessoal sobre a eficiência das ditas normas protetivas, bem como do receio de que a intenção abstrata da norma pudesse não causar o desejado efeito no caso concreto. Ou, ainda pior, que fosse causadora de efeito contrário.

Tais ações afirmativas devem passar por criteriosa análise prévia do tema. É preciso observar até que ponto promovem a igualdade, sob pena de serem apenas mascaradas as discriminações diretas e indiretas ainda vividas no âmbito do trabalho. Afinal, a existência de todo um ordenamento jurídico protetivo não tem impedido, na prática, diversas discriminações em questão de gênero.

Ademais, deve ser analisada a efetividade das normas em seus objetivos principais para que o direito seja capaz de realmente promover a igualdade de oportunidades e tratamento a todos(as) os(as) trabalhadores(as), independentemente de gênero.

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO DA MULHER

Às mulheres e aos homens são designados lugares distintos em vários aspectos da sociedade, assim como nas relações de trabalho. Nem mesmo períodos como a gestação e o puerpério podem ser considerados naturalmente femininos, pois tudo que está na sociedade, até mesmo fenômenos naturais, como a chuva e o sol, recebem significados sociais que em nada guardam relação com a natureza (SAFFIOTI, 1987, p. 8).

Assim, depreende-se que “ser mulher, assim como ser homem, não significa o fato de nascer fêmea ou macho naturalmente, mas o de assumir papéis socialmente estabelecidos e hierarquizados” (SILVA, 2006, p. 34). Por conseguinte, a indicação social do que é ser mulher não é imutável, mas fruto de uma construção social, dos diferentes contextos nos quais cada mulher está inserida.

Não menos importante é a distinção dos conceitos de sexo e gênero. Entende-se por gênero as “construções sociais e culturais de masculinidades e feminilidades em diferentes períodos da história da humanidade” (OLIVEIRA, 2016, p. 10), o que se diferencia do conceito de sexo pelo fato de este referir-se tão somente às diferenças biológicas entre homens e mulheres.

Importa destacar que os conceitos escolhidos não são os únicos, mas estão de acordo com os trazidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), no livro *ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e igualdade de gênero*.

Nesse sentido, observa-se que boa parte das características atribuídas às mulheres e aos homens não existe exclusivamente em razão do sexo, mas por outras questões socialmente impostas, as quais variam de acordo com a sociedade na qual as pessoas estão inseridas. Esses papéis de gênero podem ser considerados discriminatórios e atentatórios ao direito à igualdade.

A igualdade constitui-se como um objetivo da República e como um direito fundamental, ambos expressamente assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa expressão de igualdade deve ser compreendida, além da igualdade formal, da letra da lei, como igualdade material/substancial, pois o Estado visa garantir uma real igualdade de direitos e deveres (LENZA, 2013, p. 1.044).

Ao passo que a Constituição Federal proibiu todas as formas de discriminação (negativa), também estabeleceu alguns direitos específicos, como a proteção à maternidade, a estabilidade à gestante, a proibição de diferença salarial, de admissão, entre outros que serão tratados adiante.

Ações afirmativas são normas ou políticas públicas e privadas voltadas a atender ao princípio da igualdade, tornando-o concreto e neutralizando os efeitos das discriminações (GOMES, 2003, p. 5). Trata-se da utilização da diferença em favor dos indivíduos, como forma de promoção de direitos específicos e de caráter temporário, pois devem cessar quando alcançado o objetivo de igualdade fática (PIOVESAN, 2016, p. 335-336).

O Princípio da Igualdade representa inúmeras conquistas e reivindicações sociais, mas apesar das garantias obtidas há de se ter um olhar crítico e questionar até que ponto a discriminação positiva, exteriorizada pelas ações afirmativas, promove a igualdade, sob pena de serem apenas mascaradas as discriminações diretas e indiretas ainda vividas no âmbito do

trabalho. Afinal, a existência de todo um aparato jurídico constitucional e infraconstitucional não tem impedido, na prática, diversas discriminações em razão de gênero (OLIVEIRA, 2016, p. 279), a exemplo da ainda existente divisão sexual do trabalho.

A divisão sexual do trabalho é denominação da crença de que às mulheres cabe o labor na esfera privada, e ao homem, na pública. Trata-se da imposição das tarefas domésticas às mulheres sob a justificativa de que estas lhes seriam naturais, empregando critérios biológicos ou, por exemplo, a religião, como fundamento para variados tipos de discriminação (OLIVEIRA, 2016, p. 94).

Há quem diga que, em pleno século XXI, a mulher não sofre nenhum preconceito ou discriminação negativa em razão de gênero, mas não é o que demonstram pesquisas recentes.

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e analisada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), apontam que as mulheres recebem por hora a média de 21% a menos que os homens e, por mês, 66% abaixo deles. Infelizmente, quanto maior o grau de escolaridade, maior tende a ser a desigualdade salarial, que pode chegar a 39%, na faixa de pessoas com 15 anos ou mais de estudo (OIT, 2003, p. 15). Além disso, as mulheres gastam em torno de 23,94 horas semanais nos afazeres domésticos, enquanto os homens apenas 9,7. Ou seja, semanalmente, as mulheres trabalham em casa 40,52% a mais que os homens (BANDEIRA, 2010, p. 4).

Assim, a adoção de legislação protetiva ao trabalho da mulher pode não ter sido a solução para o problema da desigualdade entre os gêneros. Por esse e por outros motivos, importa às mulheres a busca pela igualdade material. Da mesma forma, importa também aos homens, pois “quanto mais igualitária for a distribuição de oportunidades de trabalho [...] maior será o crescimento, o desenvolvimento e a sustentabilidade dos países” (ZIMMER, 2012, p. 204-205).

Uma análise crítica necessita, no entanto, de conhecimento prévio sobre o assunto. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em seu Título III – “Das normas específicas de tutela do trabalho”, Capítulo III, trata “Da proteção do trabalho da mulher”, prescrevendo normas especialmente dirigidas às trabalhadoras, tratadas a seguir.

## PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

O art. 372 da CLT já inicia a Seção II do supramencionado Capítulo III alertando que “os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo” (BRASIL, 1943). Ou seja, dado o caráter de norma especial, os direitos de proteção ao trabalho da mulher preferem às demais regras do direito do trabalho.

Nesse diapasão, o art. 373-A, incluído pela Lei n.º 9.799/1999, estabelece a proibição de o empregador:

- I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;
- II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
- III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;
- IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;
- V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher (BRASIL, 1999).

Merece especial destaque o parágrafo único desse artigo, pois estimula a criação de ações afirmativas visando à igualdade substancial entre mulheres e homens nas relações de trabalho.

Segue-se com a análise das regras específicas, iniciando-se com a duração da jornada. O único artigo vigente sobre a duração da jornada de trabalho da mulher é o art. 373, considerado totalmente dispensável, pois em nada se diferencia da regra geral. O mesmo pode ser dito sobre o trabalho noturno da mulher, pois o único artigo existente (381 da CLT) prevê as mesmas regras aplicadas aos trabalhadores.

A justificativa da proteção à saúde da mulher recebe destaque nessas normas específicas, porém proteger a saúde da mulher em detrimento da saúde do homem em nada colabora para a promoção da igualdade nas relações de trabalho (OLIVEIRA, 2016, p. 276).

Por sua vez, o art. 389 da CLT, incluído em 1967, determina a obrigatoriedade das empresas em: a) adotar medidas de higienização dos locais de trabalho, tais como ventilação, iluminação e outros, para garantir a segurança e o conforto das trabalhadoras; b) instalar bebedouros, lavatórios, sanitários, bem como dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente para que as mulheres possam trabalhar sem grande esgotamento físico; c) instalar vestiários com armários, gavetas ou escaninhos individuais privativos das mulheres (exceto em estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros); d) fornecer, gratuitamente, recursos de proteção individual, de acordo com a natureza do trabalho.

Ainda, segundo o § 1.º do mesmo artigo, as empresas com mais de 30 empregadas maiores de 16 anos de idade devem possuir local adequado para guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação. Ou, de acordo com o § 2.º, devem manter creches distritais, diretamente, mediante convênio com entidades públicas ou privadas ou a cargo do Sesi, Sesc, LBA ou entidades sindicais.

Não obstante, o art. 390 da CLT dispõe a proibição do emprego de força muscular acima de 20 quilos para o trabalho contínuo, ou 25 quilos para o trabalho ocasional, não compreendida a remoção de material feita por impulso ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

A Seção III trata dos períodos de descanso, como o intervalo interjornada (art. 382 da CLT), o intervalo intrajornada (383 da CLT) e o descanso semanal remunerado, todos iguais aos dos trabalhadores. A única inovação dessa seção fica por conta do art. 384, o qual estabelece que, “em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho” (BRASIL, 1943).

Por fim, a trabalhadora que exerça atividade aos domingos, de acordo com o art. 386 da CLT, faz jus a participar de escala de revezamento quinzenal, possibilitando o repouso aos domingos.

Não obstante, apesar de todas as reformas legislativas recentes, ainda existem trabalhos específicos proibidos às mulheres, como o exercício de atividade que demande o emprego de força muscular.

Demais restrições ao trabalho são voltadas à maternidade, como é o caso da Seção V da CLT, em que são tratados os direitos de proteção à maternidade, entre eles o direito da empregada grávida à “transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho” (artigo 392, § 4.º, inciso I – BRASIL, 1943), a “dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares” (artigo 392, § 4.º, inciso II – BRASIL, 1943).

Destacam-se também o art. 394, que assegura à mulher grávida, mediante atestado médico, o direito de “romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação” (BRASIL, 1943), e o art. 394-A, que garante o afastamento da empregada gestante ou lactante, “enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre” (BRASIL, 1943).

Ainda há a licença-maternidade, assegurada pelo art. 7.º, inciso XVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e pelo art. 392 da CLT, o qual também a garante “à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança” (artigo 392-A – BRASIL, 1943). Esse período deve ser concedido imediatamente após os 120 dias do nascimento, garantindo-se também a remuneração integral à empregada, que, em contrapartida, fica proibida de exercer qualquer atividade remunerada e/ou manter o filho em creche ou congênere (ROMAR, 2015, p. 661).

Ressalta-se que a licença-maternidade não pode ser confundida com a estabilidade gestante, assegurada pelo art. 10, inciso II, alínea b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e pelos arts. 391 e 391-A da CLT. Estes garantem o que a confirmação da gravidez, ainda que durante o aviso prévio, trabalhado ou indenizado, dá ensejo à estabilidade provisória, proíbem que o matrimônio e a gestação motivem rescisão de contrato de trabalho ou sejam objeto de convenção ou acordo coletivo com o intuito de restringir o direito do trabalho da mulher.

Não obstante, conforme a Lei Complementar n.º 146/2014, “em caso de falecimento da trabalhadora gestante e sobrevivência do seu filho, é assegurada a estabilidade provisória no emprego a quem detiver a guarda da criança” (*in* ROMAR, 2015, p. 662).

Portanto, tem-se que o Brasil avançou muito em matéria de direitos às mulheres trabalhadoras, principalmente com o advento da CRFB/1988. Entretanto as pesquisas demonstram que a mulher ainda está longe de possuir igualdade de condições, acesso e permanência no mercado de trabalho, se comparada aos homens.

## DETALHAMENTO DA PESQUISA E RESULTADOS ALCANÇADOS

Nesse sentido e diante da revisão da literatura ou também chamada fundamentação teórica, apresentada nos capítulos anteriores, surge o problema da pesquisa: Qual a opinião dos empregadores da cidade de Joinville (SC) sobre a eficiência, ou não, da legislação protetiva ao trabalho da mulher?

Como possíveis respostas a tal pergunta, são apresentadas as hipóteses a seguir: 1) A eficiência das ações afirmativas trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro é pouco questionada, muito menos no tocante à promoção da igualdade, sem discriminações em razão de gênero, no mercado de trabalho; 2) A maior parte dos(as) respondentes considera que a legislação não cumpre seu objetivo abstrato de proteger os indivíduos de discriminações negativas e garantir igualdade de tratamento na prática trabalhista; 3) A maioria dos(as) participantes acredita que a lei deve proteger certos grupos socialmente fragilizados, porém, quando o assunto é promover a igualdade de gênero, certas diferenciações geram um efeito contrário, dificultando a inserção e a manutenção de determinadas pessoas por razões de gênero; 4) A maior parte dos(as) respondentes sugere outras formas de promover igualdade de condições a todos, tais como políticas de incentivo ao tratamento igualitário nas relações de trabalho.

Nesta pesquisa, o objetivo primário foi: compreender a perspectiva dos(as) empregadores(as) sobre a eficiência, ou não, das ações afirmativas do ordenamento jurídico brasileiro para a promoção da igualdade de oportunidades e tratamento a todos, sem discriminações negativas em razão de gênero.

Desta feita, os objetivos específicos consistiam em: 1) Identificar de que forma empregadores(as) entendem a finalidade da legislação trabalhista protetiva, principalmente com relação à promoção da igualdade de gênero; 2) Compreender a perspectiva dos(as) participantes

sobre as ações afirmativas, se vantajosas ou desvantajosas para a promoção da igualdade de gênero nas relações práticas de trabalho e em quais pontos, especificamente; 3) Averiguar quais as sugestões dos(as) empregadores(as) para o alcance da igualdade substancial a todos no mercado de trabalho, sem distinções em razão de gênero.

Assim, a presente pesquisa define-se como desenvolvida no método indutivo de abordagem científica. Quanto à forma de abordagem do problema, optou-se pelo método qualitativo, caracterizado pela pesquisa descritiva. Nesse sentido, propôs-se a aplicação de um questionário semiaberto, com perguntas abertas e fechadas, cabendo ao pesquisador a tarefa de interpretar os dados e atribuir-lhe significados (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 84). No que se refere aos objetivos, constitui-se como pesquisa exploratória. Já quanto aos procedimentos técnicos utilizados, a pesquisa classifica-se como de campo, caracterizada pelo estudo de um único grupo ou comunidade, focando em buscar explicações e interpretações para os fenômenos estudados (GIL, 2002, p. 53).

A população ou o universo da pesquisa são todos(as) os(as) empregadores(as) da cidade de Joinville (SC). Já a amostra é composta por um grupo de cinco representantes de empresas dessa cidade.

O contato com as pessoas da amostra ocorreu após a aprovação do projeto de pesquisa com seres humanos pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Univille<sup>32</sup>, mediante o estabelecimento de comunicação prévia com representantes de sete empresas, todas dessa cidade e de diferentes ramos de atuação, variando desde indústrias até escritório de contabilidade.

Após, aos representantes foi enviado convite, por *e-mail*, para participar da pesquisa, sendo-lhes esclarecidos os termos e enviados o Termo de Compromisso Livre e Esclarecido (TCLE) e o questionário a ser respondido. Então, com o preenchimento de cinco questionários, via formulários do Google<sup>33</sup>, a pesquisa foi dada como encerrada e iniciada a análise de conteúdo com base nos dados obtidos.

O instrumento escolhido para a coleta de dados foi um questionário elaborado especificamente para esta pesquisa, visando à obtenção de elementos capazes de alcançar os objetivos propostos (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 91). O questionário foi estruturado em oito perguntas, entre fechadas e abertas, enviado à população da amostra via *e-mail* e pôde ser respondido fisicamente ou por meio dos formulários do Google, sendo precedido, em ambos os casos, da assinatura/aceite do TCLE.

Quanto à análise de conteúdo, Franco (2008, p. 69) divide o processo de análise de conteúdo em três etapas: a) Descrição – o resumo das características do texto; b) Interferência – a comparação das mensagens produzidas; c) Interpretação – o significado atribuído. A pesquisa desenvolvida contou com todas elas, mas a seguir será tratada especificamente a etapa de interpretação de conteúdo.

Nos resultados obtidos nesta pesquisa, todos os participantes alegam conhecer leis trabalhistas que determinam tratamentos diferenciados aos trabalhadores em razão de gênero, entretanto, quando dão exemplos do que seriam tais leis, demonstram não estar tão familiarizados assim com elas. Nesse sentido, foram apresentados alguns exemplos sem relação com a matéria trabalhista, como criminal e previdenciária ou ainda normas que se limitam a estipular o tratamento igualitário, sem a presença de nenhum tratamento diferenciado.

No tocante à finalidade da legislação trabalhista protetiva, respondendo ao objetivo específico 1, a maior parte dos participantes novamente retornou à questão da igualdade, o que demonstra a existência de desigualdade nas relações de trabalho.

Com relação ao objetivo específico 2, de compreender a perspectiva dos participantes, enquanto empregadores, sobre a influência da legislação no momento da contratação, bem como a real eficiência (vantagens e desvantagens) desta, restou demonstrada a existência de alguma

<sup>32</sup> Projeto de CAAE n.º 67408617.6.0000.5366, aprovado em 27/5/2017 pelo Parecer Consubstanciado do CEP n.º 2.085.920.

<sup>33</sup> Formulário disponível em: <<https://goo.gl/forms/SyeDBU28SiAxb0LI2>>.

influência no momento da contratação, tendo sido apontado somente um ponto positivo, nos dizeres do respondente: *“Pelo menos chama atenção para tal necessidade”* (referindo-se às normas para igualdade de gênero nas relações de trabalho).

Destaca-se que a importância das leis protetivas foi reconhecida pela maior parte da amostra. No entanto os respondentes apontaram variados problemas na efetivação dos direitos por elas assegurados, tais como: descumprimento por parte de algumas empresas; a difícil compreensão/interpretação dos dispositivos, o que pode ser causador de equívocos no momento da aplicação; a desatualização, pois a legislação parece não conseguir acompanhar as novas dinâmicas do mundo do trabalho e atender às demandas por ele impostas.

Já quanto ao objetivo específico 3, de averiguar as sugestões dos participantes para o alcance da igualdade substancial a todas as pessoas no mercado de trabalho, sem distinções de gênero, constatou-se que a maior parte deles acredita que a saída para essa situação está na educação, na mudança comportamental da população. Outras sugestões, como maior flexibilização das normas trabalhistas, observância de acordos sindicais e maior atuação do Ministério Público do Trabalho, também merecem destaque, ainda mais no momento que o Brasil está vivenciando, de altos índices de desemprego, economia e política em crise etc.

Por conseguinte, pode-se dizer que a hipótese 1, de que a eficiência das ações afirmativas seria pouco questionada, foi refutada pelas colocações dos participantes. Por sua vez, as demais hipóteses foram confirmadas.

A hipótese 2, a qual supunha que a maior parte dos participantes considera que a legislação não cumpre seu objetivo de proteger os indivíduos de discriminações negativas e garantir igualdade de tratamento na prática trabalhista, foi confirmada, destacando-se a seguinte resposta: *“A todo o momento nos deparamos com práticas discriminatórias como em anúncios de jornais solicitando candidatos de um gênero específico ou ainda solicitando exame de gravidez no ato da admissão”*.

No mesmo sentido a hipótese 3, de que a maioria dos respondentes acredita que a lei deve proteger certos grupos socialmente fragilizados, porém certas diferenciações geram um efeito contrário, dificultando a inserção e a manutenção de determinadas pessoas por razões de gênero, também foi confirmada, conforme a seguinte resposta: *“A legislação é importante, porém ela somente não basta. A mudança tem que partir da sociedade. Hoje vivemos numa sociedade repleta de preconceitos. Ainda não sabemos lidar com as diferenças. Faz-se necessário a busca pela inclusão, uma verdadeira transformação social onde a igualdade entre os cidadãos seja priorizada”*.

Por fim, a hipótese 4, de que a maior parte dos participantes sugere outras formas de promover igualdade nas relações de trabalho, também foi confirmada, sendo apontadas a educação e as mudanças comportamentais como as melhores soluções para o problema da desigualdade, ainda que sejam mais demoradas, nos termos da fala de um dos respondentes: *“O Brasil pensa que tudo se muda com leis e punições. Na verdade, tudo se muda com educação e respeito. Somos doutores em criar leis que não são respeitadas [...]. Está na hora de se trabalhar na conscientização e não simplesmente em emissão de leis e punições”*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa possuía como problema conhecer a opinião de empregadores e empregadoras, na qualidade de contratantes nas relações de trabalho, acerca da eficiência, ou não, da legislação trabalhista para a promoção da igualdade de gênero nas relações de trabalho.

Para a resolução desse problema, buscou-se inicialmente conhecer a indicação do que é ser mulher. Chegou-se à conclusão de que “mulher” não é uma categoria fixa e imutável, mas uma construção em constante mutação (SILVA, 2006, p. 37). Posteriormente, fez-se necessária a distinção entre os termos “sexo” e “gênero”, bem como um estudo sobre o princípio da igualdade e a divisão sexual do trabalho, os quais foram essenciais para interligar a temática da mulher ao trabalho e formar um pano de fundo para o tema seguinte.

Nesse sentido, realizou-se um breve estudo sobre a evolução do Direito do Trabalho da mulher no Brasil. Foram abordadas as primeiras ações internacionais e nacionais

(infraconstitucionais e constitucionais) sobre o tema. Seguiu-se, então, com um estudo sobre a proteção ao trabalho da mulher, tal qual previsto pela CLT. Os itens apresentados foram: duração da jornada; trabalho noturno, insalubre e perigoso; local e métodos de trabalho; períodos de descanso; trabalhos proibidos; licença-maternidade e estabilidade da gestante.

Na sequência foi efetuado o delineamento da pesquisa, com a apresentação do problema, das hipóteses, dos objetivos (geral e específicos), seguido de uma breve explanação sobre o enquadramento metodológico, a apresentação da população e amostra, bem como do instrumento da coleta de dados e da metodologia da análise de dados. Partiu-se, então, para a realização da análise de conteúdo, com a apresentação da etapa de interpretação do conteúdo.

O objetivo geral do trabalho era conhecer o ponto de vista de representantes de empresas sobre a real eficiência das normas trabalhistas protetivas para o alcance da igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho. Concluiu-se que esse objetivo foi alcançado, uma vez que, por intermédio do estudo de campo cumulativo com uma análise de conteúdo acerca dos dados obtidos, foi possível compreender um pouco melhor a legislação sob a perspectiva da amostra estudada.

Já os objetivos específicos eram identificar a opinião dos participantes da pesquisa sobre a finalidade dessa legislação trabalhista protetiva; compreender suas perspectivas sobre as ações afirmativas, se influentes, eficientes, vantajosas, desvantajosas; averiguar sugestões de possíveis medidas capazes de gerar melhora no atual cenário. Acredita-se que tais objetivos também foram alcançados, pois a pesquisa detalhou a opinião de cada um dos respondentes, verificou a influência das normas protetivas, muitas vezes negativas, bem como apontou a importância da existência dessas leis, mas também da reformulação e adequação delas às novas demandas do mercado de trabalho, tais como maior flexibilização. Foram apontadas ainda algumas sugestões de mudanças, a maior parte delas indicando a educação como saída para a desigualdade.

Em suma, acredita-se que o trabalho teve resultado satisfatório, pois possibilitou a resolução do problema, tal qual apresentado no início, e também ensejou novos questionamentos, abriu novas lacunas e fez surgir novas indagações, as quais se espera que sejam objeto de pesquisas futuras.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes. Importância e motivações do Estado brasileiro para pesquisas de uso do tempo no campo de gênero. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, jun. 2010.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.799, de 26 de maio de 1999**. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9799.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9799.htm#art1)>.

FRANCO, Maria Laura P. B. **Análise de conteúdo**. 3. ed. Brasília: Liber Livro, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato; LOBATO, Fátima (Orgs.). **Ações afirmativas, políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 3. ed. rev. e atual. Livro digital. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero – O resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Relatório Global 2003** – “A hora da igualdade no trabalho”. 2003. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_226898.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226898.pdf)>. Acesso em: set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SILVA, Elizabete Rodrigues da. Ser mulher: uma construção social. **Revista Textura**, Cruz das Almas (BA), v. 1, n. 1, p. 33-38, jan. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZIMMER, Carolina Mayer Spina. **A discriminação e a relação de emprego: uma análise na perspectiva do trabalho da mulher**. Temas de Direito e Processo do Trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.