

VOLUME 10 - NÚMERO 1
JANEIRO/JUNHO 2024

REVISTA
DIREITO DAS
RELAÇÕES SOCIAIS
E TRABALHISTAS



Vol. 10/ N. 1

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

ISSN 2446-8908

Volume 10, Número 1

Janeiro/Junho 2024

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Conselho Editorial

Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)

Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega, e Hertie School of Governance, Alemanha)

Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof.^a Dr.^a Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)

Prof.^a Dr.^a. Esperanza Macarena Sierra Benítez (Universidade de Sevilha, Espanha)

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega (Universidade de Valença, Espanha)

Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)

Prof. Dr. Emmanuel Dockès (Universidade de Paris X - Nanterre, França)

Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)

Prof.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)

Prof. Dr. Giuseppe Ludovico (Universidade de Milão, Itália)

Prof.^a Dr.^a. Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)

Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)

Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)

Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)

Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)

Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)

Prof^a. Dr^a. Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)

Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)

Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UCPE)

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)

Prof^a. Dr^a. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (UFRJ)

Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano (USP)

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)

Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)

Prof^a. Dr^a. Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie -SP)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (UFES)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Günther (UNICURITIBA)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS
Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Double Blind Review -Rol de Avaliadores

Prof. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dra. Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Airto Chaves Junior (Universidade do Vale do Itajaí -Univali)

Prof. Dra. Aline Fernandes Mendes (Universidade Paulista –UNIP)

Prof. Dr. Amauri César Alves (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória)

Prof. Dr. Antônio Leal de Oliveira (Universidade Vila Velha)

Prof. Dra. Ariete Pontes de Oliveira (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dra. Carla Teresa Martins Romar (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Prof. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. Claudimir Supioni Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Prof. Dra. Cláudia Coutinho Stephan (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Cláudio Iannotti da Rocha (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof. Dra. Daniela Muradas Antunes (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco)

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. Felipe Forte de Negreiros Deodato (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ)

Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (Universidade Estadual da Paraíba)

Profa. Dra. Gabrielle Jacobi Kölling (Universidade Municipal de São Caetano)

Profa. Dra. Gilsilene Passon Francischetto (Faculdade de Direito de Vitória)

Prof. Dr. Glauber Lucena de Cordeiro (Centro Universitário de João Pessoa –UNIPÊ)

Profa. Dra. Graciane Rafisa Saliba (Universidade Santa Úrsula-RJ)

Profa. Dra. Iêda Rubens Costa (Universidade Paulista – UNIP)

Profa. Dra. Jane Lucia Wihelm Berwanger (Faculdade CERS)

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes (UniCEUB)

Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (Centro Universitário do Estado do Pará)

Prof. Dr. José Eduardo de Resende Chaves Junior (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves (UFPE)

Profa. Dra. Karen Artur (Universidade Federal de Juiz de Fora)

Profa. Dra. Laudelina Inácio da Silva (Universidade Paulista – UNIP)

Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli (Centro Universitário UniBrasil-PR)

Prof. Dr. Leonel Marchietto (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dra. Lívia Mendes Moreira Miraglia (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo)

Profa. Dra. Mariana Barboza Baeta Neves Matsuchita (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof. Dr. Ney Stany Moraes Maranhão (Universidade Federal do Pará)

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva (Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (Universidade Federal de Goiás)

Prof. Dr. Rafael Lara Martins (Universidade Federal de Goiás)

Profa. Dra. Raquel Betty de Castro Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Renata Queiroz Dutra (Universidade Federal da Bahia)

Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Prof. Dr. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Profa. Dra. Roberta Freitas Guerra (Universidade Federal de Viçosa)

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (Universidade Federal do Espírito Santo)

Profa. Dra. Valdete Souto Severo (Universidade de São Paulo)

Profa. Dra. Vanessa Rocha Ferreira (CESUPA-Centro Universitário do Estado do Pará)

Profa. Dra. Wânia Guimarães Rabêllo Almeida (Faculdades Milton Campos-MG)

Profa. Dra. Wanise Cabral Silva (Universidade Federal Fluminense)

Profa. Dra. Zelia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do
Centro Universitário do Distrito Federal – UDF**

Equipe Editorial

Editora-Chefe: Dra. Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Ricardo José Macêdo de Britto Pereira (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcelo Bórsio (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Paulo Campanha Santana (Professor Titular e Coordenador do Programa)

Coeditora Acadêmica: Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva (Professora Titular)

Mestra: Priscila Lauande Rodrigues (Mestra pelo UDF e Doutoranda da Sapienza Università di Roma)

Mestra: Cristine Helena Cunha (Mestra pelo UDF)

Mestra: Eunice Maria Franco Zanatta (Mestra pelo UDF)

Mestra: Mariana Ferrucci Bega (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestra: Tatiana Felipe Almeida (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestra: Carolina Madeira Medeiro (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestra: Renata Osório Caciquinho Bittencourt (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestre: Renato Teixeira Rangel (Mestre pelo UDF)

Mestra: Mirela Carvalho Aragão (Mestra Bolsista CAPES pelo UDF)

Mestranda: Karini Luana Santos Pavelquesi (Mestranda pelo UDF)

Mestranda: Solainy Beltrão dos Santos (Mestranda pelo UDF)

Mestranda: Patrícia Osório Caciquinho (Mestranda Bolsista CAPES UDF)

Mestranda: Tallita Souza de Oliveira Pignati (Mestranda Bolsista CAPES UDF)

Revisão:

Mestra pesquisadora: Renata Osório Caciquinho Bittencourt – UDF

Mestra pesquisadora: Mirela Carvalho Aragão – UDF

Mestranda: Patrícia Osório Caciquinho - Bolsista CAPES UDF

Mestranda: Tallita Souza de Oliveira Pignati - Bolsista CAPES UDF

Contatos:

www.udf.edu.br

mclemos@udf.edu.br

resvistamestrado@udf.edu.br

Publicado em: 29/06/2024

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. 10, N. 1 (Janeiro/Junho 2024). Brasília, DF, 2024 [*on-line*].

Semestral.

ISSN:2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2.Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro Universitário do Distrito Federal.

CDU: 349.2:331.1

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	12
1) THE HIDDEN FACE OF SLAVE LABOR DIRTY LIST.....	16
<i>Livia Mendes Moreira Miraglia e Maurício Krepsky Fagundes</i>	
2) DIALOGUE SOCIAL: LES DÉFIS DE L'ÉGALITÉ DES SEXES.....	35
<i>Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Elisangela da Silva Nogueira</i>	
3) THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO DECENT WORK AND THE EXPLOITATION OF RURAL LABOUR IN ANALOGOUS CONDITIONS TO SLAVERY IN BRAZIL IN 2022 AND 2023	57
<i>Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira e Flávio da Silveira Borges de Freitas</i>	
4) A PEJOTIZAÇÃO SOB O PRISMA DE CAUSA E EFEITO: EVASÃO FISCAL E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	75
<i>Priscila Tinelli Pinheiro e Milene Ovando Jeske</i>	
5) CAPITALISMO DE PLATAFORMA E DIREITOS DE PERSONALIDADE: ESTUDO SOBRE O BEM ESTAR PREVIDENCIÁRIO DA PRESENTE E DAS FUTURAS GERAÇÕES.....	109
<i>Dirceu Pereira Siqueira e Deomar Adriano Gmach</i>	
6) O CONCEITO DE GREVE NA FUNÇÃO PÚBLICA EM FRANÇA.....	135
<i>Francis Kessler e Doutor Juliano Barra</i>	
7) UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE SOB A ÓTICA DA ORDEM SOCIAL: BEM-ESTAR E JUSTIÇA SOCIAL	154
<i>Suzete da Silva Reis e Chaiana Ramos Rodrigues</i>	

8) EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E SUA VULNERABILIDADE NAS NEGOCIAÇÕES TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 444 DA CLT A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	177
--	-----

Priscila Tinelli Pinheiro e Gustavo de Cerqueira Lisboa

9) INTENSIDADE DO TRABALHO, DESVIO DE FUNÇÃO E ACÚMULO DE FUNÇÃO: CONCEITOS, DISTINÇÕES E EFEITOS CONTRATUAIS DAS ALTERAÇÕES TRABALHISTAS.....	204
--	-----

Amauri Cesar Alves

APRESENTAÇÃO

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas – periódico científico do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília-DF, apresenta ao público a sua primeira edição do corrente ano (Vol.10, N. 1), que abrange o semestre de janeiro a junho de 2024.

A Revista é divulgada regularmente, desde o Vol. 1, N. 1, em meio digital e com acesso livre, alcançando ampla abrangência em território brasileiro e no exterior. Desde o primeiro número, relativo ao primeiro semestre de 2015, a Revista publicou até o Vol. 10, N. 1, o impressionante número de 189 artigos, todos de professores doutores de renomadas universidades brasileiras e estrangeiras, sendo que entre as publicações destacam-se 60 artigos de autores estrangeiros, cumprindo papel relevante para a democratização e aperfeiçoamento do conhecimento.

A Equipe Editorial é integrada pela Professora Doutora Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos, Editora-Chefe, pelos Coeditores Acadêmicos Professor Doutor Mauricio Godinho Delgado (Editor Acadêmico da Revista desde a sua fundação até o ano de 2021), e os Professores Doutores Ricardo José Macêdo de Britto Pereira, Marcelo Bórsio, Paulo Campanha Santana (Coordenador do Programa) e Cristina Aguiar Ferreira da Silva, além das Mestras pelo UDF Cristine Helena Cunha, Eunice Maria Franco Zanatta, Priscila Lauande Rodrigues, esta última, Doutoranda da Sapienza Università di Roma, as Mestras Bolsistas CAPES pelo UDF, Mariana Ferrucci Bega, Tatiana Felipe Almeida, Carolina Madeira Medeiro, Renata Osório Caciquinho Bittencourt e Mirela Carvalho Aragão, as Mestrandas pelo UDF Karini Luana Santos Pavelquesi e Solainy Beltrão dos Santos e, as Mestrandas Bolsistas CAPES pelo UDF Patrícia Osório Caciquinho e Tallita Souza de Oliveira Pignati.

Além de integrarem a Equipe Editorial, atuam como revisoras a Mestre pelo UDF Renata Osório Caciquinho Bittencourt e Mirela Carvalho Aragão, e as Mestrandas Bolsistas CAPES pelo UDF Patrícia Osório Caciquinho e Tallita Souza de Oliveira Pignati, imprescindíveis para o sucesso da Revista.

A Revista apresenta-se no padrão internacional da Plataforma *Open Journal Systems (OJS)*, ostentado pelos relevantes periódicos científicos e jurídicos do País,

o que torna ainda mais fácil a submissão e o acesso aos artigos pelo público em geral, além de corroborar a transparência e a lisura dos métodos editoriais adotados.

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas encontra-se inserida em 7 (sete) indexadores de padrão internacional, quais sejam: *Scientific Indexing Services (SIS)*, *Enlawe V-Lex*, *HeinOnline*, *Latindex*, *Citefactor*, *Livre* e cadastrada no Google Acadêmico, o que amplia a possibilidade de consulta livre por constituírem plataformas de informação com alcance mundial e atende ao padrão de excelência exigido pelo Qualis Periódicos da CAPES.

Além disso, desde o volume 7.2, todos os artigos estão licenciados com a *Creative Commons Attribution Non Commercial 4.0 International License*. Ressalta-se que a Revista adota, há cerca de cinco anos, o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. 3, N. 2, referente ao semestre julho-dezembro 2017. Esse sistema de avaliação objetiva, dupla e impessoal, foi estruturado mediante a participação de Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas das cinco regiões do Brasil, os quais cordialmente têm avaliado, desde o segundo semestre de 2017, os artigos enviados para os diversos números deste periódico científico.

Por tudo isso, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas firma-se como um periódico de referência no meio jurídico e acadêmico nacional e internacional, contemplando estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito do UDF, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho".

O sucesso da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas é fruto da participação dos mais renomados pesquisadores das universidades brasileiras, que reconhecem a importância do periódico na medida em que emprestam seu prestígio à Revista, enviando artigos inéditos da mais alta qualidade.

A Revista também é resultado das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas o UDF, que habitualmente participam de diversos Congressos, Seminários, Simpósios, Jornadas, Colóquios realizados no Brasil e no exterior, bem como lançam livros ou publicam artigos em obras coletivas ou em revistas acadêmicas. Prova dessa virtuosa pluralidade, esta edição é integrada por nove artigos, de importantes Instituições de Ensino Superior, alguns em parceria com

Mestrandos dos respectivos Programas de Pós-Graduação, sendo a maioria vinculada à Instituições de Ensino Superior situadas fora do âmbito do Distrito Federal.

A presente edição conta com três artigos em língua estrangeira: 1) *The Hidden Face Of Slave Labor Dirty List*, da Professora Doutora Livia Mendes Moreira Miraglia, Pós Doutra em Direito pela UBB e do Professor Maurício Krepsky Fagundes, Mestrando em Applied Human Rights na Universidade de York com Bolsa Chevening; 2) *Dialogue Social: Les Défis De L'Égalité Des Sexes*, do Professor Doutor Marthius Sávio Cavalcante Lobato, Pós-doutor em Direito Público pela Universidade de Paris III - Sorbonne – Nouvelle e da Professora Elisangela da Silva Nogueira, Mestre pela Pantheón-Assas Université e 3) *The Fundamental Human Right To Decent Work And The Exploitation Of Rural Labour In Analogous Conditions To Slavery In Brazil In 2022 And 2023*, do Professor Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, Estudante de Pós Doutorado pela Universidade Federal de Pernambuco e do Professor Flávio da Silveira Borges de Freitas, Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal.

O presente volume apresenta os seguintes artigos: 1) *A Pejotização Sob O Prisma De Causa E Efeito: Evasão Fiscal E Precarização Das Relações De Trabalho*, da Professora Doutora Priscila Tinelli Pinheiro pela Faculdade de Direito de Vitória e Milene Ovando Jeske, Residente Jurídica da 6ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul em Corumbá; 2) *Capitalismo De Plataforma E Direitos De Personalidade*, do Professor Doutor Dirceu Pereira Siqueira pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru e do Professor Deomar Adriano Gmach, mestrando em direitos da Personalidade pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar; 3) *O Conceito de Greve na Função Pública na França*, do Professor Doutor Francis Kessler, Diretor do Mestrado em Direitos da Proteção Social Empresarial: Programa de Mestrado em Aprendizagem e do Professor Doutor Juliano Barra Doutor em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; 4) *Uma Análise Dos Benefícios Previdenciários Por Incapacidade Sob A Ótica Da Ordem Social: Bem-Estar E Justiça Social*, da Professora Doutora Suzete da Silva Reis Doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul e da Professora Chaiana Ramos Rodrigues, mestranda em Direito na Universidade De Santa Cruz do Sul/RS; 5) *O Empregado Hipersuficiente E Sua Vulnerabilidade Nas Negociações Trabalhistas*, da Professora Doutora Priscila Tinelli Pinheiro pela Faculdade de Direito de Vitória e do Gustavo de Cerqueira Lisboa, Bacharel pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul; 6) *Intensidade Do Trabalho, Desvio*

De Função E Acúmulo De Função: conceitos, distinções e efeitos contratuais das alterações trabalhistas, do Professor Doutor Amauri Cesar Alves, da Universidade Federal de Ouro Preto.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Vol. 10, N. 1, da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o primeiro semestre de 2024 (janeiro-junho) conectam-se clara e consistentemente à sua linha editorial, permitindo aos leitores terem acesso aos mais atuais e avançados estudos desenvolvidos no Brasil e no exterior acerca do estado atual das relações sociais e trabalhistas, além de contribuírem para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades. Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica, uma excelente leitura.

Brasília, 29 de junho de 2024.

Equipe Editorial

THE HIDDEN FACE OF SLAVE LABOR DIRTY LIST

Recebido em: 10/06/2024

Aprovado em: 26/06/2024

Lívia Mendes Moreira Miraglia*

Maurício Krepsky Fagundes*

Abstract: This article aims to analyze why some companies have been removed from the Register of Employers who have subjected workers to slave labor conditions, also known as the Dirty List. We used the time from April 2017th until April 2022nd. We raised the names of the companies that managed to be excluded via court decision from the Dirty List, trying to uncover the reasons why the judgments and/or injunctions allowed companies previously caught by the Labor Inspectorate subjecting workers to slavery conditions and that had been already submitted to the administrative procedure for inclusion, to be excluded from the Dirty List.

Keywords: *Dirty list; Register; Labor Inspectorate*

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar por que algumas empresas foram retiradas do Cadastro de Empregadores que submetem trabalhadores à condição de trabalho escravo, também conhecida como Lista Suja. Usamos o período de abril de 2017 até abril de 2022. Levantamos os nomes das empresas que conseguiram ser excluídas via decisão judicial da Lista Suja, procurando desvendar os motivos pelos quais as sentenças e/ou liminares permitiram que empresas anteriormente flagradas pela Inspetoria do Trabalho submetessem trabalhadores à condição de escravos e que já tivessem sido submetido ao procedimento administrativo para inclusão, para ser excluído da Lista Suja.

Palavras chaves: *Lista suja; Cadastro; Inspetoria do Trabalho*

1. Introduction

** Post-Doctorate in Law from Unb. PhD in Labor Law from UFMG. Master's degree in labor law from PUC Minas. Associate Professor of the UFMG Law School. Coordinator of the Slave Labor and Human Trafficking Clinic of UFMG. Lawyer.

** Mestrando em Applied Human Rights na Universidade de York com Bolsa Chevening. Labor Inspector, Head of the Division of Inspection for the Eradication of Slave Labor (DETRAE) and coordinator of the Special Mobile Inspection Group (GEFM). Graduated in Physics from the University of Brasilia.

The Register of Employers who have subjected workers to slavery-like conditions created in 2003 and, since then, widely known as the Dirty List of Slave Labor, is an important tool to prevent the practice in Brazil. Its publication embodies the constitutional principles of transparency and of publicity, fundamental to the Public Administration activity. It also carries out the access to information right, embodied in Law No. 12.527/2011, which determines the obligation of public agencies to disseminate information of general interest.

The knowledge of the names of those, whether individuals or legal entities, who have subjected people to slavery-like conditions is definitely of general interest. Not only because it is a crime as foreseen in Article 149 of the Penal Code, but also because it is unacceptable to perpetrate this situation in the 21st century. Contemporary slave labor represents one of the worst forms of violation of human rights, attacking human dignity and the conception of democracy.

The inclusion of employers' names in the Dirty List is disciplined in Interministerial Ordinance MTPS/MMIRDH No. 4 of May 11, 2016, and can be considered as a logical act of the inspection process in which there has been the drafting of infraction notice recognizing the existence of slavery-like labor. As can be seen in the normative, the insertion in the List is an automatic act that only states the final and irrepressible administrative decision in the administrative sphere.

However, as well as any administrative act, the insertion of the employer in the List, is subject to the Judiciary control, being possible its revision, with the consequent exclusion of the register, through a court decision. This article aims to analyze the judicial reasons of decisions that allowed the exclusion of the names of employers who, after being caught by the Labor Inspectorate subjecting people to slavery like conditions, have been included in the Dirty List. The objective is to ask what hypotheses are considered by the Judiciary, as well as what are the arguments that pre weigh these decisions.

To this end, we have chosen, as the initial time frame the month of March 2017, when the Dirty List was published after a period of suspension as a result of a Supreme Court decision. The idea was to examine all the decisions from that date and list the fifteen main reasons that led the judicial authority to defer the request for exclusion. First, we raised the total number of names included in the register, totaling 427 in this period.

Next, we sought to find employers excluded from the List by judicial decisions in this period, identifying forty names. Among these forty employers, fifteen were re-included by other court decisions or by analyzing the merits of cases in which security was granted. Of these fifteen names, only three remained on the List in April 2022, the others were able to be excluded by a second decision, or by means of a court-approved agreement with the State or were moved to a second list outside the Employers Register by another court decision.

Finally, each decision that allowed the exclusion of these forty employers from the Dirty List was carried out, with twenty-eight by granting injunctions. Two cases could not be analyzed, since one is in justice secrecy and the other could not be accessed due to technical problems in the Court website. The objective was to identify the main foundations raised by the judges, to analyze the reasons that generate more exclusions, thus proposing suggestions to ensure greater transparency to this reliable instrument to combat contemporary slave labor, the Dirty List.

2. Dirty List: brief history of a recent instrument

The Register of Employers who have subjected workers to slavery-like conditions, commonly known as "Dirty List" has been in place since November 17, 2003. Created by Ordinance 1,234, the Register was part of the general and specific objectives provided in the "National Plan for the Eradication of Slave Labor" launched in 2003.

According to the Ordinance, the employer caught submitting workers to the condition analogous to slavery has its name included in public register and with wide disclosure, updated every six months, after final administrative decision of the infraction notice drawn up by the Labor Inspection, guaranteed the right of defense during the administrative process. Once included in the Dirty List, the employer is prevented from obtaining and/or maintaining public loans of his economic activity, pursuant to Ordinance 1,150 of November 18, 2003.

Although formally established from the normative instruments, it is worth resuming the historical memory of the technical events that drove the creation of this reliable instrument to combat the practice of slave labor in the country. The narration will be made by one of the authors of this article, whose current position of head of the Inspection Division to eradicate slave labor (DETRAE) allows us to draw a behind-the-

scenes overview. By talking with people who experienced closely and were present in the debates of the time, among them the labor inspectors, Cláudio Secchin, then head of the Mobile Inspection Support Division (DAFM); Valdiney Arruda responsible for the lobby with the Ministry of Infrastructure and Marcelo Campos (at the time member of the Special Mobile Inspection Group (GEFM)).¹

According to Maurício Krepsky Fagundes, the origin of the creation of the Employers Register starts from a nuisance arising from the photos contained in the inspection reports of the Special Mobile Inspection Group (GEFM). The labor inspectors realized that many of the entrance signs of rural establishments indicated banks and financing lines providers of that activity, being, in many cases, values arising from public resources. This indication is a contract obligation of those who receive financing of loans and bank resources and/or certain public funds.

Intrigued by the possible significant number of properties inspected and caught with slave labor financed with public loans, the labor inspector Cláudio Secchin gathered all the reports and requested the inclusion of the subject in the agenda of meetings of the Executive Group of Forced Labor Repression (GERTRAF), established by Decree No. 1,538 of June 27, 1995. GERTRAF consisted of representatives of the Ministry of Labor, Ministry of Justice, Ministry of the Environment, Water Resources and Legal Amazon, Ministry of Agriculture and Supply, Ministry of Industry, Trade and Tourism, Ministry of Social Security and Assistance, and the Office of the Minister of State Extraordinary Land Policy.

GERTRAF analyzed the photos and information's contained in the case, concluding, after three meetings held in 2002, that "the Brazilian government was indirectly financing the practice of slave labor through constitutional funds, especially those administered by the then Ministry of Infrastructure". The group suggested blocking public funding for individuals or companies, caught subjecting workers to slavery-like conditions. The proposal was supported by the National Coordinator of Projects for the Eradication of Slave Labor in Brazil of the International Labor Organization (ILO), Patrícia Souto Audi.

¹ The complete historical rescue was originally formulated in: FAGUNDES, Mauritius Krepsky. Employers' register: the dirty list as an instrument of transparency and combating slave-like work. Journal of the National School of Labor Inspection, year 4 (Jan./Dec. 2020). Brasília: ENIT, 2020. Pgs. 299-331.

The issue was taken by the labor inspector Valdiney Arruda to the Ministry of Infrastructure, the managing institution of constitutional and regional funds. The intention was to find some mechanism that could prevent the Brazilian State from continuing to finance modern slavery.

The Mobile Inspection Support Division (DAFM) of the, at that time Labor Inspection Secretariat (SEFIT), was responsible for preparing the draft document used as the basis for the instrument to be created for preventing the granting of loans to employers caught subjecting workers to modern slavery.

The draft was showed to the Ministry of Integration, which prepared the first version in the format of a cooperation agreement between the two institutions. After some meetings held in 2002, it has been decided that the ordinances of the Ministry of Integration and the Ministry of Labor and Employment would be the administrative acts of their own for the formalization of the National Register of Employers who Have Kept Workers in Slave-like Working Conditions and their consequent results.

In 2003, the 1st National Plan to Eradicate Slave Labor was launched with 76 goals to combat the practice and to be implemented by the competent organs of public administration. Among the goals was the creation of the National Council to Eradicate Slave Labor (CONATRAE) linked to the Special Secretariat for Human Rights of the Presidency of the Republic. Established by the Decree of July 31, 2003, CONATRAE extinguished GERTRAF.

The 1st Plan intended the approval of Bill No. 2,022/1996, authored by Congressman Eduardo Jorge and that stated, "prohibitions of the formalization of contracts with organs and entities of the public administration and the participation in bids promoted by them to companies that, directly or indirectly, use slave labor in the production of goods and services". The Plan also provided the insertion, by the Central Bank and the Ministry of Finance, of clauses prohibiting the obtaining and maintenance of rural loans and tax incentives in the contracts of the financing agencies to persons or companies that had submitted workers to the condition analogous to slavery.

The Employer's Register was only possible due to the previous work of normative alignment done by the Labor Inspection with the Ministry of Integration, after discussions within GERTRAF. The goals established in the National Plan were representative of the collective effort of many institutions committed to the cause. This

joint work allowed the idea of the Registry not to be forgotten during the transition of governments.

Thus, in November 2003, Ordinance No. 1,234 was published, which repealed Ordinance No. 101/1996 and regulated the sending of information on degrading working conditions or slave labor²³. The ordinance determined the need for the tax benefits for regional development to provide fair and decent work, emphasizing that the social function of rural property comprises rational use and sustainable development. Ordinance No. 1,234/2003 also simplified the way information was sent and expanded the organs that addressed the rules. On the other hand, it did not foresee the broad publication of the Registry, limiting its submission to specific public institutions.

Published in the Official Gazette of the following day, November 18, 2003, MIN Ordinance No. 1,150, determined to financial agents of national and regional funds the obligation not to grant financing with resources from the Ministry of National Integration to individuals and companies that were in the Register. As a score, financial institutions began to adopt the recommendations of the Ministry of National Integration:⁴

In compliance with the recommendations made by the IM to the finance institutions represented by Banco do Brasil, Banco do Nordeste do Brasil and Banco da Amazônia, managers of constitutional funds do not grant credits of any kind to those who have their names included in the "dirty list". In December 2005, the National Bank for Economic and Social Development (BNDES) announced that it would assume equal behavior. Likely, the Ministry of Agrarian Development makes use of the "dirty list" in formalization of contracts and financing. In addition to these agencies, we can mention the Brazilian Federation of Banks – FEBRABAN, the main representative entity

² Importantly, even the creation of the Register of Employers, Ordinance No. 101, of January 12, 1996, of the Ministry of Labor, provided for the sending of detailed reports of the Labor Inspectorate, which were conclusive regarding degrading working conditions, to the National Institute of Colonization and Agrarian Reform (INCRA), to subsidize proposal of expropriation action for misappropriation of the social function of property:

Art. 1 - The Ministry of Labor, when it found, through the Inspection, that, depending on the devices violated, the workers on that property, **are subjected to degrading form of work, devilling the social function of the property**, forward a detailed report to the National Institute of Colonization and Agrarian Reform - INCRA, **in order to subsidize proposed expropriation action**, in accordance with Article 2 of Article 2 of Complementary Law No. 76 of June 6, 1993. (our griffin)

Art. 2 ° For the purposes provided for in Article 1 of this Ordinance, the Secretariat of Labor Inspection - SEFIT or the Secretariat of Safety and Health at Work - OsST, in view of the reports issued by the mobile inspection, will verify the recurrence of non-compliance with basic labor standards and safety and health standards and issue a detailed report.

Single paragraph. The report shall be instructed with authentic copies of the infringement notices drawn up and copies of the decisions given in the form of the sole paragraph of Article 635 of the Consolidation of Labor Laws - CLT, as well as copies of the notifications and guidelines issued by the labor inspection officer.

³ The modality of degrading working condition was only related in the penal code as a condition analogous to that of slave on 11/12/2003, with the publication of Law No. 10,803.

⁴ ANDRADE, Cintia Freitas. **The fight against work in conditions analogous to slavery: "dirty list"**. Brasilia, 2012.

of the Brazilian banking sector, which has been recommending to private banks not to transfer credits to violators acquired by the Special Mobile Inspection Group - GEFM.

It is worth mentioning that, from 1995 to 2003, almost all rescues of contemporary slave labor occurred in rural areas, as shown by the Slave Labor Radar of the Undersecretariat of Labor Inspectorate (SIT).⁵ This explains why ordinances expressly mention the "social function of rural property" and "responsible financing of rural economic activities". At the time, the perception corroborated by the official data was that the problem of slavery-like work was circumscribed, almost in its entirety, to the countryside.

The first list of employers who have subjected workers to slavery-like conditions was published to the general public by Repórter Brazil in November 2003, through information of Agencia Brasil.⁶ In 2004, with Ordinance No. 540 of October 15, the nomenclature "Register of Employers who have kept workers in slave conditions" was formally coined, assigning an official name to the already known as, since the end of 2003, "Dirty List". Legislation also provided for compliance with the constitutional principles of the contradictory and the broad defense during the administrative procedure before inclusion in the Register. The updating continued every six months, and it was up to the Ministry of Labor and Employment (MTE), to give knowledge to the competent institutions listed in items I to VIII of Art. 3.

The Ordinance created a temporal rule of a maximum of two years to maintenance the name in the List. Labor Inspectorate was now responsible for monitoring employers during this period. After two years a name could be out of the list if present three conditions: certification of non-recidivism, payment of the fines, and proof of discharge of labor and social security debts.

In 2011, the Registry became a joint act of the Ministry of Labor and Employment and the Secretariat of Human Rights of the Presidency of the Republic, through the Ordinance Interministerial MTE/SEDH No. 2, of May 12. The new ordinance brought few material changes to the Registry, but among them, renamed it with the name that is maintained to this day, Register of Employers who have subjected workers to

⁵ According to data extracted on 01/07/2020 from the Labor Inspection Information and Statistics Panel in Brazil: <https://sit.trabalho.gov.br/radar>.

⁶ LIST of companies that use slave labor. Reporter Brazil. Sao Paulo, Nov. 19. 2003. Available in: <https://reporterbrasil.org.br/2003/11/lista-de-empresas-que-usam-trabalho-escravo/>. Access: 20 Jun. 2020.

slavery like conditions, changing the verb "kept" from the previous ordinance to "submitted".

However, in December 2014, the publication of the Register was suspended by the Supreme Federal Court (STF) by the preliminary and monocratic decision of Minister Ricardo Lewandowski in the framework of Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 5209. In the decision he stated "for the dispatch of such acts, it is necessary to pre-exist a formal law able to establish the limits of the exercise of regulatory power" (art. 87, item II, of CF /88)⁷.

In May 2016, the Interministerial Ordinance MTPS/MMIRDH no. 4 was issued, a joint act of the Minister of Labor and Social Security at the time, and the Ministry of Women, Racial Equality, Youth and Human Rights. The ordinance gave concrete to Law 12.537/11 (Law of Access to Information), overcoming the argument previously used by ADI for the suspension of the List. Thus, in the same month of May 2016, Minister Carmen Lucia revoked the injunction that prevented the publication of the Registry, which resulted in the loss of the object of ADI.⁸

As there was no meritorious judgment in ADI 5209, in 2018, ABRAINC filed ADPF 509, again questioning the constitutionality of the Dirty List. Stentor that the Ordinance violated the legal reserve principle since the creation of a restrictive register of rights could only have been made by law. This time, the injunction intending the suspension of the Register was not provided by Minister Carmen Lucia.

On September 16, 2020, the Plenary of the Supreme Court decided on the constitutionality of the Dirty List. Minister Marco Aurélio understood that the Ordinance does not violate the principle of legal reserve, giving effectiveness to the Access to Information law, which basic principle called "active transparency", determines the obligation of agencies and entities to disclose information of public interest regardless of request. He also argued that the Registry has no sanctioning character, and that the Ordinance carries out fundamental rights related to the dignity of the human person composed of the prohibition of instrumentalization of the individual and of the social

⁷ BRAZIL. Supreme Court. Direct Action of Unconstitutionality 5,209, Rapporteur Minister Carmen Lúcia Brasília, DF, May 16, 2016. Federal District. Available in: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art201605>>. Access: 20 Jun. 2020.

⁸ BRAZIL. Supreme Court. Direct Action of Unconstitutionality 5,209, Rapporteur Minister Carmen Lúcia Brasília, DF, May 16, 2016. Federal District. Available in: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art201605>>. Access: 20 Jun. 2020.

valorization of work.⁹ The final decision on the constitutionality of the Registry only corroborated the recognition, nationally and internationally, of the importance of its creation and existence.

The Dirty List of Slave Labor not only affects the receipt of public credits by the explorer, but it can also generate broad social control effects. Inserting the employer's name into the list may, for example, lead to a boycott of their products or the modification of their supply chain to make it more transparent.

It focuses directly on the image of the employer, crucial in a world in which social responsibility adds value to the product and companies. No serious enterprise, national or foreign, wants to be associated with companies that use slave labor in their supply chain. The broad dissemination of the names of those who have kept workers in slave-like working conditions is essential to promote conscious consumption and instigate social pressure to end the practice.

The Dirty List is updated every six months, and it is up to the employer to adapt his conduct to the Brazilian legal system. Employers may also request the suspension or the exclusion of their name from the Register due to the existence of an agreement with the State or due to a lawsuit with or without an injunction.

This article intends to analyze the exclusions made due to judicial decisions, in the period between March 2017 and April 2022, to examine the main reasons raised by the judiciary to defer an exclusion. That's what we'll see in the next topic.

3. The Hidden Aspect of the Dirty List Allowed by Judicial Decisions

The time frame chosen for this analysis begins with the return of the publication of the Register after the suspension period mandated by the Supreme Court's injunction in ADI 5209. Therefore, the period from March 2017 to April 2022 was used in this article. We identified forty names excluded due to judicial decisions, either by injunction or by court ruling. The basis for this analysis was the updates to the Register published by the Ministry of Labor, which are public and available for consultation.

⁹ BRAZIL. Supreme Court. Complaint of Non-compliance with Fundamental Precept 509, rapporteur Minister Marco Aurelio, DF, on September 16, 2020. Available in: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](http://paginador.jus.br). Accessed May 5, 2021.

The Register of Employers who have subjected workers to slave-like conditions is updated every six months by the Labor Inspectorate, specifically through the Division of Inspection for the Eradication of Slave Labor (DETRAE), which is responsible for its organization and publication. In addition to regular semiannual updates, the Register may have extraordinary updates for the inclusion or exclusion of names. Only the most up-to-date version of the Register is available on the Ministry of Labor's website. Previous versions are available for public consultation but must be requested through the Access to Information Law.

It is noteworthy that among the forty employers who managed to have their names excluded from the Dirty List during the analyzed period, fifteen were reincluded by other judicial decisions. This means that 38% of the names that once managed to leave the Register later returned. Of these fifteen names, only three remained on the List as of April 2022. The others managed to be excluded either through a subsequent decision, through a court-approved agreement, or were moved to a separate list found within the same document, just below the Employers Register, as provided in paragraph 3, art. 5 of Interministerial Ordinance MTPS/MMIRDH No. 4/2016.

Regarding the period during which slave labor occurred and was verified by the Labor Inspectorate, the timeframe spans from 2010 to 2019. The average time between the date of the specific infraction notice recognizing slavery-like working conditions and the inclusion of these names on the Dirty List was 352 days. The General Coordination of Resources (CGR) of the Ministry of Labor autonomously analyzes the infraction notices, a process that determines whether the infraction notices can result in a pecuniary fine for the violator.

The average time between the final decision and inclusion in the Registry did not include any periods of suspension of the administrative process due to judicial decisions or preventive injunctions against inclusion on the Dirty List.

The average duration on the List until the first court decision ordering withdrawal was 237 days. This period ranged from zero days, for names removed on the same day of inclusion, to a maximum of 710 days. The maximum length of stay in the Register, as fixed by the interministerial ordinance, is two years (730 days).

Among the forty judicial decisions analyzed, the following scenarios were identified: 1) Annulment action proposed after the administrative process or after

inclusion in the List, with an injunction request, commonly accompanied by an application for annulment of the case or non-collection of a fine; 2) Warrant filed with the sole objective of ensuring the removal of the name from the List, typically made before the Federal Court or the Labor Court. 3) Preventive warrant filed before inclusion in the List, during the administrative process; 4) Annulment action proposed after the administrative process or after inclusion in the Register, without an injunction request, usually used after the denial of the warrant.

Among the reasons used as grounds for the decisions, fifteen were identified: 1) Absence of slave labor; 2) Miscalculation of the length of stay on the Dirty List; 3) Existence of Conduct Adjustment Term (TAC) signed with the Public Ministry; 4) Injury to the image or activities of the employer; 5) Non-recidivism; 6) Good faith of the company; 7) Existence of TAC or agreement with the State; 8) No violation of the right to freedom, and therefore no characterization of slave labor 9) Inclusion in another list (B List); 10) Impossibility of retroactive application of Ordinance 4/2016; 11) Annulment of a notice of infringement due to formal problems; 12) No legal basis for the publication of the Register; 13) No employment relationship and liability of the company regarding the hiring of slave-like workers; 14) Declaration of invalidity of the notice of infringement; and 15) Violation of the right to adversarial proceedings and broad defense by the Public Administration.

Regarding the first reason, “absence of slave labor,” judges commonly referred to the absence of degrading conditions or insufficient evidence of slave labor as grounds for excluding a name from the list. In 10% of the cases, they argued that the labor infractions verified in the file were inherent to the type of work, thus relativizing the concept of degrading conditions and even the notion of human dignity. Such arguments admit a distinction in dignity between human beings and may lead to interpretations similar to the one that underpinned Extraordinary Appeal No. 1,323,708/PA, with a request for general repercussion.

The case concerns criminal proceedings before the Federal Court, where both the labor inspection report and the first-degree sentence recognized the existence of slavery-like work. This was based on the degrading working conditions imposed on 52 workers, who lacked individual and healthy accommodations, access to drinking water, and sanitary facilities, and were subjected to a bondage system.

In the second instance, the sentence was overturned based on the argument that the supervisory report, the main evidence in the case, although presumed legitimate, must be judicially reviewed for its technical aspects. The Federal Court concluded that, although the working conditions were severe, they were part of the rusticity of rural work in that region and, therefore, could not be considered degrading, thus not constituting the crime defined in Art. 149 of the Penal Code. The request for a general repercussion of the judgment made by the Attorney General in the context of the Extraordinary Appeal was based on the argument that if there is recognition of conditions that subject workers to degrading situations, it is not possible to relativize the concept, thereby mischaracterizing the crime due to unfavorable regional conditions.

Regarding the second reason, “miscalculation of the length of stay on the Dirty List,” it should be clarified that Interministerial Ordinance MTPS/MMIRDH No. 4/2016 expressly states in its Article 3 that each name inserted in the Register will remain for a maximum of two years, counted from the date of publication. This research found court decisions that granted exclusions based on the argument of deadline extrapolation, considering the two years from the date of the inspection or the drafting of the infringement notice, contrary to the normative provision.

As for the “existence of a Conduct Adjustment Term (TAC) signed with the Public Ministry,” it should be noted that Article 5 of Interministerial Ordinance MTPS/MMIRDH No. 4/2016 (repealed by MTB Ordinance No. 1.129/17) allowed the State to conclude a TAC or judicial agreement with the employer with the “aim of reparation of the damage caused, correction of irregularities, and adoption of preventive and promotional measures to avoid future occurrences.” In such cases, according to §3, the employer would not be included in the Register but in a secondary list located below the Dirty List, though without the same legal effects. Article 9 of this Ordinance (also repealed) permitted TACs, or judicial agreements signed by the Public Ministry to generate the same effects as those concluded by the State, provided they met the specified requirements.

Therefore, it's apparent that a TAC, on its own, does not serve as a sufficient instrument to guarantee the exclusion or removal of an employer's name from the Dirty List. This would only occur if it were equated with the TAC concluded with the State, adhering to the specific terms outlined in the mentioned Ordinance. Even in such cases, it would only guarantee the employer's exclusion from the Dirty List, while still placing

them in the secondary list. It's notable that in the analyzed decisions, no mention was found regarding the minimum required terms, and there was no indication that the TACs used as grounds for exclusion met the necessary standards. Consequently, the decisions effectively grant the TAC a legal effect beyond its scope, arguing that its mere existence would suffice to ensure the employer's exclusion from the Register.

The fourth reason, "injury to the image or activity of the employer," is rationalized, according to the language found in the decisions, as potential harm to the company's or individual's reputation, possible obstacles to obtaining loans, potential disruptions to business operations, and even a potential "civil death" of the company. Decisions primarily rested on the principle of free enterprise. However, it is crucial to remember that the Constitution establishes the social values of work and free enterprise as the foundation of the Democratic State of Law, emphasizing their interconnectedness (Art. 1, III of the CR/88). Additionally, Article 5, XXIII stipulates that property must fulfill its function, while Article 170 expressly states that the economic order must prioritize the valorization of work and free enterprise.

Therefore, it seems implausible to apply the principle of free enterprise in isolation from the principle of decent work, considering that the Constitution itself designates them as fundamental values. Allowing potential losses to employers to ensure their exclusion from the list indicates a misalignment in balancing constitutional principles, tipping the scales predominantly toward economic interests at the expense of human ones.

Regarding the argument of "no recidivism," it is important to consider that the rationale revolves around the time elapsed between the labor inspection and inclusion in the Dirty List. The premise is that if no new cases of slave labor by an employer of the List were reported within this period, it would imply a change in the employer's behavior, warranting their removal from the Register.

However, despite the average 352 days between the date of the inspection and the inclusion of the name in the List, it is crucial to note that the mere absence of new complaints, without confirming whether further inspections were conducted, does not provide sufficient evidence to assure the Court of the employer's improved conduct. Therefore, we view this argument as insufficient for exclusion from the Register.

Additionally, it is essential to emphasize that the inclusion and publication of the List ensure transparency and facilitate diligent governance of the company.

As for the “goodwill of the company,” it is noteworthy that the analyzed decisions often cited narratives of socially and environmentally responsible enterprises, attempting to divert attention from the core issues of the case. While it may be true that the company behaves ethically in other contexts, this should not absolve it from the consequences of a confirmed case of contemporary slave labor. Even if it is a one-time occurrence, the norm is clear that after an administrative process confirming the existence of contemporary slave labor, it is the responsibility of the public administration to include the employer’s name in the Register.

About the reason of “the existence of an agreement with the State,” decisions are grounded in the terms of interministerial ordinance MTPS/MMIRDH No. 4/2016, which expressly provided for the possibility of exclusion from the main register and inclusion in the secondary list when a TAC or judicial agreement with the State was signed, providing for the adjustment of the employer’s conduct.

The eighth reason, “no violation of the right to freedom and therefore no characterization of slave labor,” was supported by decisions that emphasized the need for freedom restriction to characterize a situation as slave labor. However, this argument is no longer valid since the amendment of Article 149 of the Criminal Code, which explicitly states that the criminal type is an alternative one. This means that the occurrence of any of its four types (forced labor, servitude by debts, submission to degrading conditions, and exhaustive working hours) is sufficient for its configuration. Although it could be argued about the topographical location of the crime in the chapter of crimes against individual freedom, Justice Rosa Weber’s decision in 2012 expressly acknowledged that the violation of the right to freedom is not necessary for the characterization of slavery-like labor. In her words:

To set up the crime of Art. 149 of the Penal Code, it is not necessary to prove the physical restriction of the freedom to come and go or even the limitation of the freedom of movement, simply the submission of the victim “to forced labor or exhaustive working hours” or “to degrading working conditions,” alternative conducts considered in the criminal type. “Modern slavery” is more subtle than that of the 19th century and the restriction of freedom can stem from various economic, and not necessarily physical, constraints. One deprives one of his freedom and dignity by treating him as a thing and not as a human person, which can be done not only by force but also by the intense and persistent violation of his basic rights, including the right to decent work. Violation of the right to decent work impacts the victim’s ability to make

choices according to his or her free determination. This also means “reducing someone’s condition analogous to that of a slave”.¹⁰

The ninth reason, “inclusion in another List (B List),” pertains to decisions that excluded the employer's name from the Register by placing it in a separate list (B List), as outlined in paragraph 3, art. 5 of Interministerial Ordinance MTPS/MMIRDH No. 4/2016, without requiring the conclusion of a TAC or judicial agreement with the Brazilian State.

Some decisions were based on the argument of the “impossibility of retroactive application of Ordinance 4/2016” concerning inspections or administrative decisions of infringement notices issued before the regulatory instrument’s validity. In essence, these decisions implied that the Ordinance’s publication and validity had no immediate effect, thus it could not regulate past events. This interpretation could potentially lead to the exclusion of all cases of slave labor prior to 2016.

Regarding the eleventh reason, the “lack of legal provision for the Dirty List,” some decisions argued the necessity of legislation to regulate such procedures. The judges understood that the regulatory act embodied in Interministerial Ordinance MTPS/MMIRDH No. 4/2016 was insufficient to govern the publication of the List. This argument resembled that used by Justice Ricardo Lewandowski to suspend the publication of the Register in 2014 through a monocratic decision in the injunction formulated in ADI 5209 regarding Interministerial Ordinance MTE/SEDH No. 2/2011.

It is important to recall that the publication of Ordinance No. 4/2016 provided the basis for Justice Carmen Lúcia to revoke, in the same month of May 2016, the previously granted injunction, thus mandating the publication of the List. Later, in 2020, the Supreme Court established an understanding affirming the constitutionality of the Ordinance.

The twelfth reason concerns the “lack of employment relation and responsibility of the company regarding the hiring of workers subjected to slavery-like labor.” In this context, we found two types of decisions that drew our attention: one recognizing labor outsourcing but denying any chain responsibility of the contracting company, and another that does not even acknowledge the existence of an outsourcing chain.

¹⁰ BRAZIL. Supreme Court. Survey No. 3,412. Author: Federal Prosecutor’s Office. Investigated: João José Pereira de Lyra and others. Published in DJE on 12/11/2012.

The decision that granted the injunction due to the absence of liability on the part of the lessee regarding the submission of workers to slavery is not unfathomable. Additionally, there was a decision acknowledging the presence of outsourcing between companies in the construction sector but refusing to assign responsibility to the principal company and other contracting companies.

It is evident that such arguments should not prevail. There are robust foundations in this regard, including the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, which establish the responsibility of enterprises to prevent or mitigate “negative impacts on human rights directly related to operations, products, or services provided by their business relations, even when they have not contributed to their generation”.¹¹

Another reason cited by the decisions for excluding employers’ names from the register concerns the “nullity of the infraction notice,” due to either formal or material defects. Among the formal defects, a decision stands out which deemed the notice null due to failure to meet the 24-hour deadline for case drafting, an excessive formalism later dismissed by the substantive judgment. As for material defects, there is a clear discrepancy between the concepts used by the Labor Inspectorate and the Judiciary regarding what constitutes slave labor, leading to nullity of the infraction notice for lack of evidence of slave labor.

Lastly, the fifteenth reason was the “violation of the right to adversarial proceedings and broad defense by the Public Administration.” In these instances, judges believed that the employer’s right to defense was not properly observed during the administrative procedure of drafting the file or adjudication of the appeal, justifying the exclusion of their name from the Register.

It is also noteworthy that among the judicial proceedings that excluded forty names in the chosen period, one was under justice secrecy; in another case we could not identify the reason for the preliminary decision that determined the exclusion; and in another one, the decision could not be accessed due to an error in the consultation system of the electronic judicial process.

¹¹ UNITED NATIONS. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. New York and Geneva, 2011. Available in: <https://brasil.un.org/pt-br/132461-principios-da-onu-para-empresas-e-direitos-humanos-atingem-o-marco-historico-de-dez-anos>. Accessed May 30, 2022.

As for the ascertainable reasons, the following were found: 43% of the decisions contained arguments for granting claims or the existence of losses to employers to justify the acceptance of the request for exclusion from the List; 25% of the decisions deemed the TAC with the MPT as a sufficient basis for removal of the name from the list; 15% of the decisions cited the absence of recidivism as a demonstration of the company's good faith, warranting its exclusion from the Registry; 10% argued that the lack of employment relationship and the legality of outsourcing labor justified removal of the employer's name from the List; 10% denied the existence of degrading conditions, asserting that slave labor was not characterized and therefore the company should not be included in the Registry; 8% cited the nullity of the infraction notice; 8% mentioned the exceeding of the maximum period of time in the registry, using a different initial parameter from that stipulated in ordinance 4/2016, and 3% cited other reasons.

One case that stands out and warrants closer analysis involves a preliminary injunction before the Superior Court of Justice, No. MS 21.712/DF, which sought to prevent the inclusion of an employer's name in the Register. This injunction was granted via a preventive injunction on July 1st, 2015, and remained in effect until May 26, 2021. However, the Supreme Court later declared itself incompetent to judge the case because, although the Register is published on the Ministry of Labor's official website, inclusion is not an act of the Minister of State but of the national authority in Labor Inspection, specifically through the Division of Inspection for the Eradication of Slave Labor (DETRAE).

It is noteworthy that the employer in question remained out of the Register for almost six years due to an injunction decision that ultimately expired without substantive judgment due to its illegitimacy. As of 2022, it is still under judicial discussion in case number 0000113-50.2022.5.10.0851. In this instance, the judge granted, on March 31st, the request to anticipate the effects of guardianship, instructing the State (Ministry of Labor and Welfare) to exclude the employer's name from the Register of Employers who subject workers to slave-like conditions. The case pertains to events that occurred in 2010, with administrative proceedings concluded on October 29, 2014, and the name being included only on June 9, 2021

In another case, in annulment action No. 0010887-98.2020.5.18.0201, at the trial court level, the judge annulled the registration after 710 days of its inclusion. In other words, it was withdrawn just a few days before it could be naturally excluded due to the

expiration of the two-year publication period. The employer's name was removed on March 14, 2022, with the administrative process concluding on January 17, 2020, and the labor inspection taking place in 2018.

4. Conclusion

The Dirty List or Register of employers who have subjected workers to slavery-like conditions, is recognized both nationally and internationally as an effective instrument in combating the practice of modern slavery. In addition to its immediate legal repercussions, such as a ban on public funding, it also has significant social repercussions that can catalyze concrete changes within companies and their supply chain.

In today's highly globalized and informational world, being associated with the exploitation of contemporary slave labor can cause irreparable damage. With just a click and a quick search on search engines, one's perception about a company or individual caught subjecting workers to slavery can be significantly altered. It is precisely for these reasons that the List holds outstanding importance in the prevention and eradication of slave labor. No serious venture or entrepreneur wishes to have their name tarnished by association with such practices.

Out of the 427 names included in the list between March 2017 and April 2022, 40 managed to secure decisions in favor of their exclusion¹². This percentage, nearly 10%, not only underscores the formal and automatic nature of insertion by the public administration at the conclusion of an administrative procedure based on the principles of legality and broad defense, but also highlights the rationales employed by the Judiciary to substantiate their decisions. It was with the aim of uncovering these reasons that this article's research was undertaken.

The option to appeal to the Judiciary is both lawful and necessary, ensuring adherence to the legal order. However, while judicial oversight of the administrative act's legality is warranted, the merit analysis lies beyond the purview of judges who are often physically and temporally removed from the facts scrutinized by the Labor Inspectorate, responsible for the analysis leading to these names' inclusion in the List.

¹² Inspection Division to Eradicate Slave Labor (DETRAE/MTE) of Ministry of Labor and Employment (MTE).

Safeguarding the maintenance and publicity of the Dirty List not only upholds the principles of legality and transparency but also ensures the efficacy of one of the nation's most potent instruments in combating this practice.

REFERENCES

ANDRADE, Cintia Freitas. The fight against work in conditions analogous to slavery: "dirty list". Brasília, 2012.

BRAZIL. Supreme Court. Survey No. 3,412. Author: Federal Prosecutor's Office. Investigated: João José Pereira de Lyra and others. Published in DJE on 12/11/2012.

BRAZIL. Supreme Court. Direct Action of Unconstitutionality 5.209, Rapporteur Justice Carmen Lucia Brasília, DF, May 16, 2016. Federal District. Available from: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art201605>>. Access: 20 Jun. 2020.

BRAZIL. Supreme Court. Complaint of Non-compliance with Fundamental Precept 509, rapporteur Justice Marco Aurelio, DF, on September 16, 2020. Available from: [pajer.jsp \(stf.jus.br\)](http://pajer.jsp.stf.jus.br). Accessed May 5, 2021.

BRAZIL. Department of Labor Inspection. (www.gov.br/sit). Accessed May 5, 2022.

FAGUNDES, Krepsky. Employers' register: the dirty list as an instrument of transparency and combating slave-like work. Journal of the National School of Labor Inspection, year 4 (Jan./Dec. 2020). Brasília: ENIT, 2020. Pgs. 299-331.

LIST of companies that use slave labor. Reporter Brazil. Sao Paulo, Nov. 19. 2003. Available in: <<https://reporterbrasil.org.br/2003/11/lista-de-empresas-que-usam-trabalho-escravo/>>. Access: 20 Jun. 2020.

NATIONS, United. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. New York and Geneva, 2011. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/132461-principios-da-onu-para-empresas-e-direitos-humanos-atingem-o-marco-historico-de-dez-anos>. Acesso em 30 de maio de 2022.

DIALOGUE SOCIAL: LES DÉFIS DE L'ÉGALITÉ DES SEXES

Recebido em: 21/06/2023

Aprovado em: 25/06/2024

Elisangela da Silva Nogueira*

Marthius Sávio Cavalcante Lobato*

Resumo: Les femmes sont de plus en plus présentes sur le marché du travail rémunéré, mais les inégalités persistent. Le principe d'égalité des sexes ne se limite plus à une égalité formelle, mais exige une égalité réelle. Les femmes sont souvent victimes de violences et d'inégalités dans l'emploi, en raison de rapports de force inégaux. Pour promouvoir l'égalité des sexes dans le monde du travail, il est nécessaire d'avoir des moyens efficaces. L'Agenda 2030 des Nations Unies vise à lutter contre toutes les formes de violence à l'égard des femmes. Le dialogue social et la négociation collective sont essentiels pour garantir le développement durable et les droits de l'homme. La Convention 190 de l'OIT offre une protection internationale en matière de violence contre les femmes sur le marché du travail. La lutte contre la violence de genre est essentielle pour surmonter les obstacles auxquels les femmes sont confrontées. Les ordonnances Macron en France ont introduit le terme de "sexisme" dans le Code du travail, créant une nouvelle catégorie juridique. La négociation collective est un moyen important pour instaurer l'égalité de genre dans le monde du travail.

Palavras-chave: Égalité des sexes; Dialogue social; Négociation collective; Convention 190 de l'OIT; Ordonnances Macron.

Abstract: Women are increasingly present in the paid labor market, but inequalities persist. The principle of gender equality is no longer limited to formal equality but requires substantive equality. Women are often victims of violence and inequalities in employment due to unequal power dynamics. To promote gender equality in the workplace, effective measures are necessary. The United Nations' Agenda 2030 aims to combat all forms of violence against women. Social dialogue and collective bargaining are essential to ensure sustainable development and human rights. International protection against violence against women in the workplace is provided by ILO Convention 190. The fight against gender-based violence is crucial to overcome the obstacles faced by women. The Macron ordinances in France introduced the term "sexism" into the labor code, creating a new legal category. Collective bargaining is an important means to establish gender equality in the workplace

*Mestre pela Pantheon-Assas Université em 2021; Membre de la Communauté en Justice Restaurative; Mediadora do Instituto de Garantias dos Direitos Fundamentais; Advogada do Lobato Advocacia e Consultoria Jurídica

* Advogado junto aos Tribunais Superiores em Brasília (STF, TST, STJ e TSE), Prof. Mestre e doutor em Direito, Estado e Constituição pela Unb, projeto de pesquisa Pós-doutoral em Direito Público pela Universidade de Paris III - Sorbonne - Nouvelle com ênfase em direito eleitoral comparado Brasil/ Franca: La Constitutionnalisation du contentieux Électoral em matière de contrôle des comptes des comptes de campagnes et ler apport du financement Public et Privé: Étude comparée entre la France et le Brésil. Integrante do grupo de pesquisa "Percursos, Narrativas, Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo" (CNPq/UnB). Autor dos livros "A reconstrução da jurisdição constitucional: a garantia Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais", editora LTr, 2014 e "O valor constitucional para a efetividade dos Direitos Sociais nas relações de trabalho, editora LTr 2006

Keywords: Gender equality; Social dialogue; Collective negotiation; ILO Convention 190; Macron ordinances

1. Introduction

Les femmes sont de plus en plus actives sur le marché du travail rémunéré depuis ces dernières décennies, les féminisations du salariat, la qualification professionnelle des femmes, toute sorte de facteurs pour s'impliquer à suppression des inégalités professionnelles. Mais le monde du travail n'a pas atteint cette égalité souhaitée. Dans une approche modernisée du principe d'égalité des sexes qui ne se contente plus d'une égalité formelle mais exige une égalité réelle, un premier constat : la femme n'apparaît, en droit du travail, que sous l'angle de la maternité.

La violence envers les femmes dans le monde du travail est assimilée à une violence fondée sur le genre et souvent causée par des rapports de force inégaux. À peine quitté le monde du droit pour se replonger dans celui des faits, c'est en effet avéré que les femmes sont touchées de façon disproportionnée par l'inégalité, la vulnérabilité et l'insécurité dans l'emploi.

Il faut avoir un moyen efficace de promotion de l'égalité des sexes dans le monde du travail, pour un avenir égal et non seulement équitable. L'Assemblée générale des Nations Unies et tous ses États membres ont adopté l'Agenda 2030, un programme mondial de développement qui s'attaque à toutes les formes de violence à l'égard des femmes et des jeunes filles. Le dialogue social, y compris la négociation collective, est fondamental pour parvenir au développement durable et garantir la pleine réalisation des droits de l'homme.

Dans ce sens, le droit d'organisation et de négociation collective, sont des instruments essentiels pour permettre aux employeurs et aux travailleurs de créer des lieux de travail exempts de violence. Au niveau de la protection internationale, la Convention 190 de l'Organisation Internationale du travail (OIT) offre un horizon de justice pour les femmes sur le marché du travail parce qu'elle va dans la genèse du blocage des femmes, c'est-à-dire combattre le mal à la racine, s'attaquer à l'origine du problème : la violence de genre. Qu'elle soit structurelle ou qu'elle soit bâtie sur une société capitaliste patriarcale, le fait est que la violence contre les femmes ne se limite pas seulement à leur vie privée, certes, forte et décisive, c'est un problème d'ordre public.

Sur le droit de la négociation collective, les ordonnances Macron prolongent clairement la réforme entamée en 2015 par la loi travail. C'est la loi n°2015-1994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi qui a introduit le nom "sexisme" dans le Code du travail, en créant une nouvelle catégorie juridique, celle "d'agissement sexistes".

Il en est de même pour l'article relatif aux "agissements sexistes" au sein du Code du travail est dans le titre "Égalité professionnelle entre femmes et les hommes" qui renvoie à un droit avant tout négocié ¹³, tandis que le harcèlement et les discriminations se trouvent dans le titre prohibant ces comportements. Au regard de la place qui occupe le travail salarié dans notre société, la négociation collective est un vecteur important en vue d'instaurer l'égalité de genre dans le monde du travail.

2. Notion d'égalité

Le principe de non-discrimination protégé les caractéristiques majeures de la personne humaine et les droits fondamentaux dont elle est titulaire. À l'échelle de la législation nationale française, les dispositions clés sont les articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du Code du travail et spécialement l'article L. 1132-1 aux termes duquel :« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi no 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse , de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation

13 Article L.1142-5 [i] incombe à l'employeur de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise

ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif local, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

L'interdiction vise l'ensemble des actes relatifs à la relation de travail: du recrutement à la formation ou à l'accès au stage, des décisions d'affectation, de promotion, de mutation au licenciement du salarié ou à sa sanction. La loi du 27 mai 2008 vise également le domaine de la protection sociale, des avantages sociaux, de l'éducation, de l'accès ou de la fourniture de biens et service.

Concernent au sexe, certaines distinctions peuvent être, à titre dérogatoire, autorisées. La référence au sexe est admise lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante. L'objectif doit être légitime et l'exigence proportionnée. L'abondante jurisprudence rendue en la matière admet que l'employeur peut apporter des restrictions à la liberté des salariés quant à leur apparence physique dès lors que les deux séries de conditions citées ci-dessus sont réunies. D'une part, les restrictions à la liberté d'apparence physique peuvent être justifiées par des raisons liées à l'hygiène, à la santé et à la sécurité.

La question de l'apparence physique au travail se révèle sensible et ancienne en France. La Cour de cassation s'est prononcée, à plusieurs reprises, sur des restrictions apportées à la liberté de se vêtir des salariés. Une restriction apportée à cette liberté individuelle – mais non fondamentale – est habituellement examinée à la lumière de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Or, le droit de la non-discrimination ne doit pas être laissé de côté.

Jusqu'à l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 novembre 2022, il ressortait de la jurisprudence tant civile qu'administrative que les différences de traitement entre les hommes et les femmes concernant leur coiffure n'étaient pas considérées comme discriminatoires en raison du sexe. À titre d'illustration, la cour administrative d'appel de Marseille avait jugé en 2011 que l'interdiction faite aux policiers de sexe masculin de porter des cheveux longs, alors que cela est permis pour les policiers de sexe féminin se justifiait par la « différence de perception sociale de l'apparence des genres masculin et féminin, notamment en termes de figures d'autorité ».

Le même raisonnement a été retenu par le conseil de prud'hommes de Bobigny dans sa décision du 10 juin 2014, confirmée par la cour d'appel de Paris le 6 novembre 2019.

L'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2022 rendue dans l'affaire du steward de la compagnie Air France aux tresses africaines est venu adopter la solution inverse. Contrairement aux décisions ci-dessus qui considéraient que la perception sociale de l'apparence des genres masculin et féminin constituait une différence objective de situation, même si les salariés exerçaient des fonctions similaires, la chambre sociale de la Cour de cassation considère, quant à elle, que « la perception sociale de l'apparence physique des genres masculin et féminin (...) ne peut constituer une exigence professionnelle véritable et déterminante justifiant une différence de traitement relative à la coiffure entre les femmes et les hommes, au sens de l'article 14, § 2 de la directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 ».

2.1. Formes de violence

Toute forme d'oppression et de domination est une violence. Dans l'analyse historique, il est intéressant de souligner que l'autonomie des femmes a été influencée par leur sexualité et leur capacité procréative. Selon les historiennes écoféministes, il semble que cette conscience et cette autonomie aient progressivement été dépouillées aux femmes à partir du XVI^e siècle.

Au cours de cette période, des changements socio-culturels et politiques ont eu lieu, et les femmes ont été soumises à des normes et des contraintes plus strictes en ce qui concerne leur sexualité et leur rôle dans la procréation. « Les corps a été pour les femmes dans la société capitaliste ce que l'unise a été pour les travailleurs salariés », Maria Mies explique:

Celles qu'on appelait sorcières, persécutées et assassinées brutalement pendant plusieurs siècles en Europe, étaient en fait des sages-femmes compétentes en médecine et en obstétrique, connaissant des nombreuses méthodes grâce auxquelles les femmes étaient capables d'équilibrer le nombre de leurs enfants. Cependant, avec la Renaissance et la montée du capitalisme mercantile, on avait besoin de plus de travailleurs. C'est pourquoi des théoriciens de l'État absolu moderne, comme Jean Bodin en France ou Francis Bacon en Grande-Bretagne, furent parmi ceux qui accusèrent ces « sages-femmes » de sorcellerie, parce que leurs connaissances contraceptives constituaient un obstacle à leur politique démographique pronataliste.¹⁴

14 MIES Maria et SHIVA Vandana. *Écoféminisme*. Paris, L'Harmattan, 1998, p.325

Les femmes ont été progressivement reléguées à des rôles domestiques et maternels, où leur valeur était déterminée par leur capacité à se conformer aux attentes de la société en matière de sexualité et de reproduction. Les restrictions sur la contraception, l'avortement et la sexualité hors mariage ont contribué à limiter l'autonomie des femmes dans ces domaines.

De ce fait l'histoire de l'autonomie des femmes est étroitement liée à leur sexualité et à leur capacité procréative. Malgré les tentatives de dépossession auxquelles elles ont été confrontées, les femmes ont toujours lutté pour préserver leur autonomie et revendiquer leurs droits. Il est primordial de continuer à remettre en question les normes oppressives et à travailler en faveur de l'autonomie sexuelle et reproductive des femmes.

A ce propos, Silvia Federici considère que:

Leurs utérus, à partir de ce moment-là, devenaient un territoire public, contrôlé par les hommes et l'État, et la procréation était directement mise au service de l'accumulation capitaliste.[...] Cet aspect de l'accumulation primitive est absent de l'analyse de Marx.¹⁵

Les normes et les lois représentent les idéaux qui conviennent au rôle social des hommes. De plus, un modèle de vie était instauré pour les hommes et devait servir de référence pour l'ensemble d'entre nous. Cette violence, subtile et systémique, constitue le fondement du système économique et politique dans lequel nous évoluons, et c'est ainsi que s'établit le cercle de la violence faites aux femmes. En ce sens, le philosophe slovène Slavoj Žižek, dans son œuvre *Violence* considère que :

Les signes les plus évidents de violence qui nous viennent à l'esprit sont des actes de crime et de terreur, des affrontements civils, des conflits internationaux. Mais nous devons apprendre à faire un pas en arrière, à nous débarrasser du leurre fascinant de cette violence "subjective" directement visible, exercée par un agent clairement identifiable. Nous devons être capables de comprendre les contours des scénarios à l'origine de ces explosions. Le pas en arrière nous permet d'identifier une violence qui soutient nos propres efforts visant à combattre la violence et à promouvoir la tolérance.¹⁶

Un système économique capitaliste qui perpétue une division sexuelle du travail, attribuant aux femmes le travail domestique improductif et réservant aux hommes le travail productif valorisé, engendre une violence structurelle à l'encontre des femmes sur le marché du travail. Les chances objectives des femmes sur le marché du travail sont

15 FEDERICI, Silvia. *Caliban et la Sorcière. Femmes, corpos et accumulaton primitive*, Genève, Entremonde, 2014, p.185

16 ŽIŽEK, Slavoj. *Violência [Violance]*. Boitempo, São Paulo, 2014, p. 17.

limitées, avec une relégation aux postes inférieurs et à des rémunérations faibles. Cette situation crée les conditions propices à l'exploitation du travail domestique. En effet, la subordination économique des femmes sur le marché capitaliste du travail favorise l'exploitation des femmes au sein de la sphère familiale.

Cette expérience de vie est spécifique aux femmes, qui ne fait pas partie de la réalité sociale commune des hommes. Cependant, les femmes sont capables de provoquer des changements, indépendamment du contexte politique, car elles ont toujours eu une capacité réactive face à la réalité objective. À travers différents moments de l'histoire, les femmes ont su accomplir des choses qui auraient été perçues comme impossibles ou improbables. L'idée d'émancipation de la femme, que englobe la notion de libération des femmes des normes et des restrictions sociales, économiques et politiques qui les ont traditionnellement maintenues dans des rôles subalternes et subordonnés, peut sembler irréaliste dans un monde du travail marqué par l'inégalité et la compétition. Selon Françoise Vergès:

la vie psychique du néolibéralisme repose sur l'idée que le succès est strictement lié au parcours personnel et que l'égoïsme est le moteur de l'excellence et de la richesse.¹⁷

Ainsi, le néolibéralisme tend à blâmer l'individu pour son échec tout en soutenant les représentations sexistes qui imprègnent l'imaginaire social et l'espace public. Afin de briser ce cercle vicieux de violence systématique à l'encontre des femmes, il est nécessaire d'analyser et de reformuler les mesures prises pour leur protection de manière plus approfondie.

2.2. L'égalité entre les femmes et les hommes par la loi

L'interdiction des discriminations constitue un point d'appui de la promotion de l'égalité. Le traité de Rome de 1957 a affirmé le principe d'égalité de rémunération pour un travail égal. Ce traité fondateur, qui a créé la Communauté économique européenne, a énoncé clairement le principe selon lequel les hommes et les femmes doivent recevoir une rémunération équitable lorsqu'ils effectuent un travail de valeur équivalente. Cette affirmation historique reconnaît que le sexe ne devrait pas être un facteur déterminant pour établir les différences de rémunération. Les femmes doivent avoir les mêmes

17 VERGES, Françoise. **Une théorie féministe de la violence**. La fabrique.Paris, 2020

opportunités que les hommes d'accéder à des emplois rémunérés équitablement et de recevoir un salaire juste et équitable pour le travail qu'elles accomplissent.

Depuis la loi du 13 juillet 1983 dite loi Roudy qu'introduit les plans d'égalité professionnelle, les réformes relatives à l'égalité des sexes se sont succédé à un rythme effréné. Les textes plus récents imposant une proportion minimale de personnes de chaque sexe parmi les cadres dirigeants et les membres des instances dirigeantes de l'entreprise, l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle dans la branche (Loi du 10 juillet 1989), imposant une obligation de négocier tous les trois ans sur l'égalité professionnelle (loi du 9 mai 2001), contraignant les entreprises à supprimer les écarts de rémunération entre hommes et femmes (loi du 23 mars 2006), sur l'égalité des chances (loi du 31 mars 2006), et la loi du 17 août 2015 renforçant le droit de la négociation annuelle obligatoire en la matière et contraignant à une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes électorales pour les élections professionnelles.

Le Code du travail pose le principe de base de l'égalité professionnelle entre les sexes à tous les niveaux d'exécution du contrat de travail. Concernant les mesures visant à diminuer à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective).

Le législateur a tout d'abord rendu obligatoire une négociation collective spécifique sur ce thème: il s'agissait d'une négociation annuelle portant sur les objectifs d'égalité ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre. Cette négociation prenait comme point de départ les éléments figurant dans un rapport de situation comparée des hommes et des femmes, que l'employeur devait obligatoirement établir et présenter au comité d'entreprise.

La négociation portait sur les conditions d'accès à la formation, l'emploi, la promotion, les mesures de conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle. Si la négociation aboutissait, elle pouvait donner lieu à un plan pour l'égalité professionnelle.

À défaut d'accord, un tel document était alors établi de manière unilatérale. Parallèlement à cette négociation singulière, la négociation annuelle obligatoire devait permettre de définir « les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ». Devant la lenteur du processus de rapprochement des situations entre les hommes et les femmes, la loi du 9 novembre 2010 avait assorti l'obligation faite aux entreprises d'être couvertes soit par un accord soit par un plan

d'action d'une sanction financière. Le dispositif avait été renforcé par la loi du 26 octobre 2012 puis celle du 4 août 2014 sur « l'égalité réelle entre les hommes et les femmes », tandis que la loi du 17 août 2015 imposait de prévoir une représentation équilibrée des femmes et des hommes pour les élections professionnelles.

Depuis la loi no 2018 du 5 septembre 2018, modifiée par la loi du 24 décembre 2021, les employeurs d'au moins cinquante salariés doivent à la fois mesurer, publier et corriger les écarts de rémunération ; pour y parvenir ils ont l'obligation de calculer chaque année un « index égalité femmes- hommes » à partir d'indicateurs qui ont été définis par voie réglementaire et notamment par le décret no 2019-15 du 8 janvier 2019. Ces indicateurs et les modalités de leur application sont définis aux articles D. 1142-2 et suivants du Code du travail. L'obligation d'établissement des indicateurs et de leur communication est sanctionnée par une pénalité financière calculée sur la base de la masse salariale.

Cependant, malgré ces avancées législatives, les inégalités salariales entre hommes et femmes persistent dans de nombreux pays à travers le monde. Les écarts de rémunération peuvent être influencés par divers facteurs, tels que les stéréotypes de genre, les discriminations indirectes, les différences d'accès aux postes de responsabilité et les déséquilibres de pouvoir dans le milieu professionnel.

Les rapports de force entre le marché du travail et les femmes peuvent être comparés à ceux décrits dans le Léviathan. D'un côté, le marché du travail est marqué par une recherche constante de puissance et d'autorité, tandis que de l'autre, les femmes luttent sans relâche pour obtenir la reconnaissance de leurs droits et libertés. Cette bataille inégale entre Goliath et David voit souvent David sortir victorieux. Dans un tel contexte, il est permis d'identifier quelques tendances significatives de la période la plus récente comme un chemin à suivre.

Ce chemin à suivre nécessite des efforts collectifs, implique de remettre en question les normes de genre et les inégalités profondément enracinées qui ont limité la liberté et l'autonomie des femmes. Il s'agit de promouvoir leur participation active dans négociations collectives et de soutenir leur accès à des postes de pouvoir et de leadership.

Une première tendance notable concerne le renforcement du rôle des "partenaires sociaux" dans l'élaboration du droit du travail. Cela signifie que les représentants des employeurs et des travailleurs sont de plus en plus impliqués dans la

création de nouvelles normes et régulations en matière de travail.. La deuxième, très en lien évidemment avec la première tendance, concerne le déplacement du centre de gravité du droit du travail de la loi vers la négociation collective. La troisième touche le droit de la durée du travail et la quatrième résulte de la dissémination des exigences de protection de la santé physique et mentale du travailleur dans l'ensemble du droit du travail.

Ces tendances reflètent une évolution du droit du travail vers une approche plus participative et axée sur la négociation collective, ce parti pris est le corollaire du constat que la loi ne peut pas ou ne peut plus tout régir, tant le monde du travail est diverse.

3. Invisibilisation des femmes dans le travail et mouvement syndical

Les réflexions contemporaines considèrent que par le travail, les femmes gagnent leur autonomie financière, l'un des piliers de l'égalité. Par ailleurs, cette émancipation n'efface pas l'image des femmes au foyer que société les remet. Ainsi, chaque femme qu'elle travaille ou non, doit considérer le foyer comme sa responsabilité principale et par conséquence les responsabilités familiales entrant en concurrence avec leurs activités professionnelles.

Dans ce sens, ce qui caractérise de travail féminin, c'est avant tout sa complémentarité, son invisibilisation et son absence de reconnaissance juridique et financière. Le travail féminin est presque toujours pensé en relation avec les fonctions procréatrices des femmes. Il serait par nature instable, discontinu, second, les responsabilités familiales entrant en concurrence avec leurs activités professionnelles.

À cet égard, Madeleine Guilbert analyse le processus par lequel se construit les invisibilisations des qualifications féminines, à savoir que les femmes sont mieux adaptées à certains rôles et à certains espaces et qu'elles sont plus fragiles et douces:

Les employeurs utilisent dans l'univers de la production industrielle des compétences que les femmes ont acquises dans la sphère familiale par le travail domestique. C'est parce que les femmes ont la capacité d'effectuer plusieurs opérations à la fois, qu'elles ont de dextérité, de la rapidité et de la minutie, qu'on les embauche pour des travaux parcellisés et répétitifs. Ces qualités sont donc à la fois repérées et niées : ce sont des qualités féminines dites naturelles », et donc précisément pas des qualifications professionnelles. Le travail industriel emprunte et importe, sans le reconnaître, ces savoir-faire.¹⁸

Dans ce sens, les compétences considérées comme féminines qui sont attribuées au travail des femmes peuvent exacerber ces inégalités, car, malgré les cadres politiques et réglementaires nationaux, régionaux et mondiaux des écarts considérables entre les sexes persistent. Ces stéréotypes selon lesquels certaines professions sont plus adaptées aux femmes, comme les soins, l'enseignement ou les services domestiques, ont contribué à dévaluer ces emplois et à maintenir les femmes dans des positions subalternes. Parallèlement, les professions traditionnellement masculines, telles que l'ingénierie, la finance ou la politique, ont été considérées comme plus prestigieuses et mieux rémunérées.

Par rapport à la différenciation sexuée des postes de travail et des tâches à accomplir, Madeleine Guilbert analyse le processus par lequel se construit la négation des qualifications féminines. Dans son analyse, Madeleine Guilbert met en évidence comment les stéréotypes de genre et les préjugés sociaux influencent la perception des qualifications des femmes sur le marché du travail.:

Les employeurs , utilisent dans l'univers de la production industrielle des compétences que les femmes ont acquises dans la sphère familiale par le travail domestique. C'est parce que les femmes ont la capacité d'effectuer plusieurs opérations à la fois, qu'elles ont de la dextérité, de la rapidité et de la minutie, qu'on les embauche pour des travaux parcellisés et répétitifs. Ces qualités sont donc à la fois repérées et niées : ce sont des qualités féminines dites « naturelles » et donc précisément pas des qualifications professionnelles. Le travail industriel emprunte et importe, sans le reconnaître, ces savoir-faire. Ainsi s'opère un processus de dévalorisation social du travail féminin que beaucoup nomment « déqualification ».¹⁹

Les femmes victimes de discrimination fondée sur le sexe, elles sont également surreprésentées dans les emplois mal rémunérés et précaires. Dans le même temps, les postes de direction restent dominés par les hommes, même dans les secteurs où les femmes sont surreprésentées par les organisations syndicales.

Pour comprendre le rôle de la femme dans le monde du travail, nous devons rendre ce travail visible, qu'elles soient représentées, qu'elles aient une voix, dans cette mesure les processus décisionnels comme le dialogue social et la négociation collective gagneraient en légitimité, en crédibilité en efficacité, au bénéfice de la société.

Par ailleurs, la présence des femmes dans les négociations collectives est importante pour la diversité et pour la démocratisation des processus décisionnels et pour

19 MARUANI, Margaret. **Travail et emploi des femmes**. La Découverte, Paris. 2017.p. 40-41

que les résultats leur soient profitable, car au fil du temps elles deviendront progressivement salariées, puis cadres, pour s'organiser collectivement, défendre vous-même, soyez entendue et respectée.

Enfin, contribuer activement au mouvement de visualisation des femmes dans leur travail, c'est à dire, renseignez sur les problèmes liés à l'égalité des sexes dans le monde du travail, y compris les écarts de rémunération, les biais de genre et les obstacles auxquels les femmes sont confrontées. En partageant ses connaissances et en sensibilisant les autres, les femmes peuvent contribuer à créer un changement positif et à promouvoir l'égalité des sexes dans le monde du travail.

Malheureusement, la sous-représentation des femmes est une réalité dans les institutions de dialogue social, comme les conseils économiques et sociaux, les commissions tripartites et les comités consultatifs du travail. Il faut avoir une représentation des femmes proportionnelle à leur place dans le salariat du périmètre concerné. Selon OIT²⁰, la participation active des femmes dans les organes de décision est considérée comme une condition préalable importante en vue de faire valoir les intérêts des femmes dans le monde du travail.

Les femmes sont mères, épouses et filles. Sans penser en des termes relationnels, surtout d'interdépendance familiaux qu'elles leur donnait de la valeur et même qu'elles les définissait, sera impossible transformer le réel jusque nos modes de vie, nos relations professionnelles, nos croyances, nos habitudes, nos choix et cela inclut réfléchir au rôle des hommes dans cette société. La construction humaine du mouvement syndical signifie également mettre l'accent sur le bien-être et la dignité de tous les travailleurs. Cela implique de considérer non seulement les aspects économiques des revendications, tels que les salaires et les avantages sociaux, mais aussi les dimensions émotionnelles, sociales et psychologiques du travail.

Une approche collective, où les travailleurs, hommes et femmes, se rassemblent pour défendre leurs droits et améliorer leurs conditions de travail, puis que les problèmes auxquels sont confrontés les travailleurs ne sont pas exclusivement liés à un genre

20 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Une avancée décisive vers l'égalité entre hommes et femmes: Un meilleur avenir du travail pour tous.** Genève. 2019. Disponible: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_674791.pdf

spécifique, mais qu'ils sont influencés par des facteurs sociaux, économiques et culturels plus larges.

Dès lors, estimant que le moment actuel exige une construction collective et humaine du mouvement syndical, alors que nous évoluons vers une société plus complexe et interconnectée, surtout dans la lutte de toutes forces contre les hostilités contre les femmes au travail pour favoriser leur émancipation comme une véritable “égalité professionnelle entre les femmes et les hommes”.

Pour comprendre comment l'inégalité entre les sexes est vécue, nous devons mieux comprendre comment les femmes vivent leur deuxième statut sexuel non seulement leur travail quotidien, mais en société. Donc, nous pouvons créer un mouvement syndical plus inclusif, représentatif et efficace pour répondre aux défis du monde du travail contemporain.

4. Visibilisation normative des femmes au travail et ses avancées

La valorisation du travail des femmes ne concerne pas seulement la rémunération équitable, mais aussi la reconnaissance de leurs compétences, de leurs accomplissements et de leur potentiel.

Au XIX^e siècle, les premières mesures adoptées pour encadrer le travail féminin ont principalement pris la forme de mesures protectrices. À cette époque, les femmes étaient principalement considérées comme des mères, et la législation visait avant tout à assurer la protection des mères sur leur lieu de travail.

Ces mesures protectrices comprenaient notamment des restrictions sur les horaires de travail des femmes, des interdictions de certains types de travaux jugés dangereux pour leur santé ou leur sécurité, ainsi que des dispositions spéciales pour les femmes enceintes. L'objectif était de préserver la santé et le bien-être des femmes, en particulier en tant que mères potentielles.

Cependant, il convient de noter que ces mesures protectrices étaient souvent fondées sur des stéréotypes de genre et des idées préconçues sur la fragilité des femmes. Elles limitaient souvent les opportunités d'emploi des femmes et perpétuaient les inégalités de genre sur le marché du travail.

Au fil du temps, la législation sur le travail des femmes a évolué pour promouvoir l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre les sexes. Les mesures de protection ont été complétées par des dispositions visant à garantir l'accès des femmes à tous les domaines professionnels, à lutter contre la discrimination salariale et à promouvoir la conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale. Par rapport à cette évolution constante de la législation, Margaret Maruani nous enseigne que :

Au départ, en effet, c'est la femme « faible, fragile, ne pouvant travailler la nuit et surtout toujours potentiellement enceinte » [Laufer, 1984, p. 373] que la loi voulu protéger des nuisances du travail : interdiction du travail de nuit, dispositions spécifiques pour les femmes enceintes, mesures particulières en matière d'hygiène et de sécurité.

Ensuite, progressivement et timidement, la loi a introduit la notion d'autonomie : en 1907, les femmes mariées obtiennent le droit de disposer librement de leur salaire et en 1920 celui d'adhérer à un syndicat sans autorisation maritale. Mais il faudra attendre 1965 pour qu'elles aient de droit d'exercer une activité professionnelle sans le consentement du mari.

L'idée d'égalité et non-discrimination entre hommes et femmes intervient plus tardivement. Le préambule de la Constitution de 1946 pose le principe selon lequel « la loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux des hommes »²¹

La violence faite aux femmes est une problématique sérieuse qui englobe diverses formes d'abus, de discriminations et d'oppressions basées sur le genre. Elle peut prendre la forme de violences physiques, sexuelles, psychologiques ou économiques, visant à exercer un contrôle et à maintenir la domination masculine sur les femmes. Pour cette raison, il est crucial de créer un environnement de travail inclusif où les femmes sont encouragées à développer leurs compétences, à occuper des postes de direction et à participer activement à la prise de décision. Cela nécessite de lutter contre les discriminations et les obstacles structurels qui restreignent les opportunités professionnelles des femmes.

En France, l'appareil législatif qui encadre la négociation collective de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes n'a cessé d'évoluer depuis quinze ans. L'égalité est l'une des valeurs fondamentales des régimes démocratiques. Dans ce sens, nous faisons un lien direct entre ce principe fondamental et la loi. Ainsi, le principe

21 MARUANI, Margaret. **Travail et emploi des femmes**. La Découverte. Paris. 2017.p. 31.

d'égalité prend sa source dans un ensemble d'au moins une quinzaine de textes appartenant au « bloc de constitutionnalité ».²²

Les ordonnances Macron réforment le Code du travail en quatre plans importants : la négociation collective, la signature d'accords dans les plus petites entreprises, la fusion des institutions représentatives du personnel (IRP) et la rupture du contrat de travail. Sur les trois premiers plans, les ordonnances Macron s'inscrivent résolument dans le droit fil de la loi travail du 17 août 2015.

Liberté et sécurité, les piliers que devront s'harmoniser dans le cadre des cinq ordonnances publiées au Journal officiel du 23 septembre 2017 et d'une sixième ordonnance tardive n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 destinée à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

La réforme, est resultat de profondes mutations au fils des décennies et a pour objet une négociation intégrative, basée sur des concessions réciproques et gains mutuels. En France, depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, des niveaux de négociation collective a une structuration en trois "blocs": bloc 1 correspondent les matières dans lesquelles, aux termes de l'article L. 2253-1 du Code du travail, les stipulations de la convention de branche (ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, prévalent sur la convention d'entreprise, que celle-ci ait été conclue antérieurement ou postérieurement à la date de leur entrée en vigueur.²³ bloc 2, selon la disposition de l'article L 2253-2 et bloc 3, tout les thèmes qui ne relèvent pas des bloc 1 et 2, selon la disposition de l'article L 2253-3.

Ainsi y était-il observé, que la ratification des ordonnances Macron, était l'ambition d'accroître la portée de l'accord d'entreprise et de réorganiser les rapports entre celui-ci et la convention collective de branche. Par contre, loin de neutraliser la

22 La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux articles premier (égalité en général), 6 (égalité dans l'accès aux emplois publics) et 13 (égalité devant les charges publiques) ; dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux alinéas premier (non-discrimination), 3 (égalité entre les femmes et les hommes), 11 (égalité dans la protection de la santé), mais aussi dans la Constitution du 4 octobre 1958, et aux articles premier (non-discrimination),

23 Article L.2253-1, dernier aléna, Code du travail

capacité des négociateurs d'entreprise, la primauté de la convention de branche sur l'accord d'entreprise a pour finalité éviter un concours de normes conventionnelles.

Il est nécessaire de reconnaître que dans le monde professionnel, le marché du travail est souvent dominé par des structures hiérarchiques et des normes établies par des hommes, favorisant ainsi leurs intérêts. La négociation collective peut jouer un rôle essentiel dans la promotion de l'égalité entre hommes et femmes sur le marché du travail. Elle offre une opportunité de remettre en question les déséquilibres existants et de rechercher des solutions équitables par la partie prenante la plus engagée dans le processus de négociation collective en matière d'égalité professionnelle, à savoir les femmes.

Comme le souligne Rachel Silvera²⁴, les rapports sociaux de genre, la répartition des rôles au sein de la sphère familiale, la prédominance du travail à temps partiel chez les femmes, la répartition différenciée des femmes et des hommes selon les emplois et les secteurs, ainsi que des facteurs tels que la détermination des salaires et le rôle de la négociation collective, ou encore les méthodes de classification professionnelle et d'évaluation des emplois, jouent un rôle dans les discriminations salariales. Ainsi, ces discriminations sont moins prononcées dans les pays où la négociation salariale est centralisée et repose sur une forte syndicalisation et une mobilisation importante des acteurs sociaux autour d'objectifs d'égalité clairement définis.

Tout d'abord, il faut ici distinguer, l'accord ou convention de branche se voit conférer une primauté par rapport à l'accord ou convention d'entreprise, sous réserve que ce dernier ne comporte pas de garanties au moins équivalents, et à défaut, en cas d'absence d'accord ou convention de branche, la réforme a libéré les négociateurs d'entreprise à traiter des matières en cause.

Les ordonnances Macron enfoncent le clou de ce point de vue en accordant une place prépondérante aux accords d'entreprise sur bon nombre de thématiques sociales. La régulation sociale dans le monde du travail, traditionnellement une prérogative du droit, a laissé de plus en plus d'espace à la négociation collective, modifiant le rapport entre le droit et les détails des situations vécus par les salariés dans son quotidien au travail. Et

24 SILVERA, Rachel. **Un quart en moins**. La Découverte. Paris. 2014.

partant, de se souvenir de la mise en garde qu'exprimait, il y a déjà trente ans, Michel Despax:

Une étude des conventions collectives qui négligerait les enseignements de la sociologie, du droit comparé ou de l'histoire de la négociation collective ne donnerait qu'un vue tronquée d'une réalité qui n'est pas uniquement juridique²⁵.

Dans le cadre de la négociation collective sur l'égalité professionnelle, la question du sexisme dans les relations de travail a été introduite dans le Code du travail²⁶, en instituant une nouvelle catégorie juridique, celle "d'agissement sexiste".

A partir de cette innovation, les acteurs du terrain doivent aborder des comportements individuels et collectives qui perpétuent et légitiment la différence de traitement liés aux stéréotypes féminins ou masculins et adoptent des procédures qui soient proposées pour favoriser une culture du respect exempte de comportements sexistes.

La discrimination en raison du sexe est en sens large une discrimination et c'est la raison par laquelle le législateur l'a située dans le titre IV du livre premier du Code du travail intitulé «Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ». En tenant en compte que les accords de branche prévalent sur les accords d'entreprise y compris les « agissements sexiste » et ceux-ci ne peuvent prévoir que des mesures plus favorables à la branche considérée ou au moins équivalentes à celles-ci.

Pour le dire plus concrètement, incombe à l'employeur de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans l'entreprise, où l'interdiction des agissements sexistes est ainsi comprise dans le titre. Ainsi et par exemple, il sera possible que par un accord d'entreprise, proche à réalité des femmes, donc des exigences sociales, d'éveiller les consciences sur le caractère inapproprié de comportements trop longtemps admis par la Société

Pour saisir les implications de cette composante pédagogique de la négociation collective, il convient de surveiller en permanence et avec vigilance, afin qu'il atteigne la

25 DESPAUX, Michael **Négociations, conventions et accords collectifs**, publié sous la dir.de G.H.Carmelynck, 2 éd. Paris, Dalloz, 1989., p. 10-11

26 Loi n° 2015-994 du 17 août 2015. Code du travail article L. 1142-2

perfection. Affirmer cela revient à donner à la négociation collective une fonction de coopération – dans et par le travail.

Les partenaires sociaux, qui sont les représentants des travailleurs et des employeurs, ont un rôle important à jouer afin de façonner les pratiques à travers le dialogue social et ainsi veiller à instaurer concrètement une véritable égalité entre les femmes et les hommes- permet d’agir sur des comportements, des pratiques, afin de saisir la règle de non-discrimination. Dans ce sens, les ordonnes Macron adoptent une optique de genre dans le travail et la vie privée. Une nouvelle négociation collective, ouvrant sur des finalités de transformation et démocratisation avec l'approche syndicale pour une construction humaine et collective, ne peut se limiter au champ du travail. Par exemple, aborder la question de la réduction du temps de travail pour tout le monde signifie augmenter la demande de parentalité²⁷ et de tâches ménagères partagées. Les inégalités au travail et dans la société s'alimentent, s'interpénètrent, sont du produit de l'éducation, les stéréotypes qui assignent femmes et hommes du fait de leur nature à des rôles différents, et les hiérarchise.

La convention n° 190 et la recommandation n° 206 sont les normes internationales les plus récentes adoptées en matière d'égalité de genre. Elles définissent la violence et le harcèlement et s'attachent à éliminer toutes les formes de violence et de harcèlement physiques, psychologiques et sexuelles, notamment la violence fondée sur le genre, dans le monde du travail²⁸.

À ce paysage normatif, la convention couvre de façon inclusive et progressive également la violence familiale en reconnaissant son incidence sur l'emploi, la

27 Surtout depuis l'annonce, largement applaudie, de l'allongement du congé paternité, qui passe 14 à 28 jours, dont 7 jours obligatoires à partir du 1er juillet 2021.

28 La convention n°190 définit pour la première fois l'expression «violence et harcèlement», qui comprend la violence et le harcèlement fondés sur le genre, y compris le harcèlement sexuel. Cet instrument reconnaît que la violence et le harcèlement fondés sur le genre touchent de manière disproportionnée les femmes et les filles, et propose des mesures spécifiques pour y mettre fin, tout en reconnaissant la nécessité de s'attaquer aux causes sous-jacentes et aux facteurs de risques. Cette convention constitue une opportunité de façonner un avenir du travail basé sur la dignité et le respect, et exempt de violence et de harcèlement, pour tous. Cette convention souligne également le rôle des organisations d'employeurs et de travailleurs au sein de son article 8, qui dispose que «Tout Membre [de l'OIT] doit prendre des mesures appropriées pour prévenir la violence et le harcèlement dans le monde du travail. » La convention n°190 demande également aux Etats Membres de reconnaître les effets de la violence domestique sur le monde du travail et, dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable, d'atténuer son impact, tout en prévoyant que les organisations d'employeurs et de travailleurs peuvent contribuer à y répondre et à y remédier (préambule)

productivité, la santé et la sécurité et en tenant compte du fait que le monde du travail et ses acteurs peuvent aider à mesurer ces effets, à y répondre et y faire face.

Le législateur de la réforme du travail impose aux acteurs de l'entreprise et les partenaires sociaux une nouvelle lecture de la réalité et par la négociation collective permettre la transformation des structures sur lesquelles se fondent les violences faites aux femmes.

En conclusion, la lutte contre la violence faite aux femmes et la promotion de l'égalité professionnelle sont des enjeux interconnectés. En créant des environnements de travail inclusifs et respectueux, en éliminant les discriminations et les obstacles, nous favorisons l'épanouissement des femmes dans leur vie professionnelle et contribuons à construire une société plus juste et égalitaire pour tous. Une réinvention du travail par les femmes implique également de remettre en question les structures hiérarchiques et les pratiques discriminatoires qui limitent leur progression professionnelle. Cela signifie encourager l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle, mettre en place des politiques de congé parental équitables, promouvoir la flexibilité du travail et lutter contre les écarts de rémunération.

En outre, les femmes peuvent être des agents de changement en défendant des valeurs telles que l'inclusion, la diversité et l'égalité des chances. Elles peuvent promouvoir une culture organisationnelle qui valorise les contributions de chacun, indépendamment du genre, et qui favorise la collaboration et le respect mutuel.

Dans ce sens, Isabelle Ferreras souligne que:

C'est à une nouvelle architecture démocratique des relations collectives de travail que cette innovation invite et qu'il nous faut poursuivre. Du niveau mondial jusqu'à chaque entreprise, la voie de la dé-marchandisation et de la démocratisation du travail, ouverte par l'invention de la négociation collective, n'attend que d'être approfondie.²⁹

5. Conclusion

29 FERRERAS Isabelle, 2020, Vers l'action : Du politiquement impossible au politiquement inévitable , in Le Manifeste travail : démocratiser, démarchandiser, dépolluer, Seuil, Paris, 2020, pp. 46

Les progrès accomplis par les femmes sur le marché du travail rémunéré au cours des dernières décennies sont indéniables. Les femmes ont réussi à briser de nombreuses barrières et à conquérir des domaines professionnels qui étaient autrefois dominés par les hommes. Elles ont gagné en visibilité, en reconnaissance et en influence dans divers secteurs d'activité. Cependant, malgré ces avancées, l'égalité souhaitée n'a pas encore été atteinte.

Les femmes font face à des formes de violence spécifiques sur le lieu de travail, souvent liées aux inégalités de pouvoir et aux rapports de force inégaux. Elles sont plus susceptibles de faire l'expérience d'inégalités, de vulnérabilités et d'insécurité dans l'emploi. Il est crucial de mettre en place des moyens efficaces pour promouvoir l'égalité des sexes dans le monde du travail, afin de créer un avenir réellement égalitaire.

L'Agenda 2030 adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies et ses États membres vise à lutter contre toutes les formes de violence à l'égard des femmes et des jeunes filles. Le dialogue social et la négociation collective jouent un rôle fondamental dans la réalisation du développement durable et dans la garantie des droits de l'homme.

La Convention 190 de l'Organisation internationale du travail (OIT) constitue un outil essentiel pour promouvoir la justice pour les femmes sur le marché du travail en luttant contre la violence fondée sur le genre. La violence contre les femmes, qu'elle soit structurelle ou enracinée dans une société capitaliste patriarcale, ne se limite pas à leur vie privée, mais constitue un problème de société.

En ce qui concerne la négociation collective, les ordonnances Macron en France ont introduit la catégorie juridique des "agissements sexistes" dans le Code du travail. Cependant, il est important de noter que la négociation collective et les dispositions légales ne doivent pas se limiter à une égalité formelle, mais doivent viser une égalité réelle. La non-discrimination et le principe d'égalité protègent les droits fondamentaux des individus.

Des mesures législatives aient été prises pour promouvoir l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, les inégalités salariales persistent dans de nombreux pays. Les écarts de rémunération peuvent être influencés par des stéréotypes de genre, des discriminations indirectes, des obstacles à l'accès aux postes de responsabilité et des déséquilibres de pouvoir. Il est essentiel de continuer à lutter contre

ces inégalités et à promouvoir des mesures concrètes pour garantir une rémunération équitable pour un travail de valeur équivalente.

Des progrès aient été réalisés dans la promotion de l'égalité des sexes sur le marché du travail, il reste encore beaucoup à faire pour parvenir à une véritable égalité. La législation, la négociation collective et la sensibilisation sont des outils importants pour lutter contre les inégalités et la violence fondée sur le genre. La promotion de l'égalité des sexes sur le marché du travail nécessite une approche holistique qui combine la législation, la négociation collective et la sensibilisation. Il est crucial de continuer à lutter contre les inégalités persistantes et à travailler collectivement pour créer un environnement de travail équitable, inclusif et respectueux où les femmes peuvent s'épanouir et réaliser leur plein potentiel.

BIBLIOGRAFIE

CARCILLO, Stéphane. VALFORT, Marie-Anne. **Les discriminations au travail**. Presses Sciences Po, Paris, 2018.

DESPAUX, Michael. **Négociations, conventions et accords collectifs**, publié sous la dir.de G.H.Carmelynck, 2 éd. Paris, Dalloz, 1989., p. 10-11

VERGES, Françoise. **Une théorie féministe de la violence**. La fabrique.Paris, 2020

FEDERICI, Silvia. **Caliban et la Sorcière.Femmes, corpos et accumulaton primitive**. Genève. Entremonde, 2014, p.185

GUILBERT, Madeleine. **Les Fonctions des femmes dans l'industrie**. Mouton, Le Haye, 1966.

LAUFER, Jacqueline. **Entre sphère publique et sphère privée : les enjeux des droits des femmes**. In Les nouvelles frontières de l'inégalité : hommes et femmes sur le marché du travail. Paris. La Découvert, 1998.

LOBATO,Marthius Sávio. **O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. LTR, 2006.

LUNGHI, Chistina. **Et si les femmes réinventaient le travail**. Eyrolles société.Paris. 2002.

MARUANI, Margaret. **Les nouvelles frontières de l'inégalité. Hommes et femmes sur le marché du travail.** Édition LaDécouverte.1998

MESSANT Françoise, MARTIN Hélène, ROCA I ESCODA Marta et al., **Le travail, outil de libération des femmes**, Nouvelles Questions Féministes, 2008/2 (Vol. 27), p. 4-10. DOI : 10.3917/nqf.272.0004. URL : <https://www.cairn.info/revue-nouvelles-questions-feministes-2008-2-page-4.htm>.

MIES Maria et SHIVA Vandana. **Écoféminisme**, Paris, L'Harmattan, 1998.

SILVERA, Rachel. **Un quart en moins.**La Découverte, Paris, 2014.

VERGES, Françoise. **Une théorie féministe de la violence: pour une politique antiraciste de la protection.** Éditions La fabrique, 2020.

ŽIŽEK, Slavoj, **Violência [Violance]**, Boitempo, São Paulo, 2014.

Revista Petites affiches - n°03, <http://lext.so/LPA202d3> , 31/03/2023

**THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO DECENT WORK AND
THE EXPLOITATION OF RURAL LABOUR IN ANALOGOUS CONDITIONS
TO SLAVERY IN BRAZIL IN 2022 AND 2023**

Recebido em: 04/06/2024

Aprovado em: 26/06/2024

Rodrigo Espíuca dos Anjos Siqueira*

Flávio da Silveira Borges de Freitas*

Abstract: The research investigates whether rural workers in Brazil have their fundamental human right to decent work effectively protected, in accordance with international and national normative provisions. Based on the vast territorial extension of Brazil and the significant rural labour force, the research questions the effectiveness of this right in the country. The article is divided into two sections: the first analyses the normative and legal context of the right to decent work at both national and international level. The second section provides a statistical overview of the Brazilian state's actions to combat the exploitation of labour analogous to slavery in rural areas between 2022 and 2023. It concludes that there is a state responsibility to adopt concrete and immediate measures to eliminate the use of undignified labour in rural areas, guaranteeing conditions that allow for the social, personal and collective fulfilment of rural workers. The scientific approach adopted is inductive, using bibliographical and documentary analysis techniques.

Key words: *Decent work. Rural areas. Work analogous to slavery. Brazil. Prevention.*

Resumo: A pesquisa investiga se os trabalhadores rurais no Brasil têm seu direito humano fundamental ao trabalho digno efetivamente protegido, de acordo com as disposições normativas internacionais e nacionais. Com base na vasta extensão territorial do Brasil e na expressiva força de trabalho rural, a pesquisa questiona a efetividade desse direito no país. O artigo está dividido em duas seções: a primeira analisa o contexto normativo e jurídico do direito ao trabalho decente em nível nacional e internacional. A segunda seção traz um panorama estatístico das ações do Estado brasileiro para combater a exploração do trabalho análogo ao escravo no meio rural entre 2022 e 2023. Conclui que há responsabilidade do Estado em adotar medidas concretas e imediatas para eliminar o uso de trabalho indigno no meio rural, garantindo condições que permitam a realização social, pessoal e coletiva dos trabalhadores rurais. A abordagem científica adotada é indutiva, utilizando técnicas de análise bibliográfica e documental.

* Post-doctoral student in Education at the Federal University of Pernambuco. PhD in Law from the Federal University of Rio Grande do Sul. Professor and researcher at the UNIEURO University Centre, Brasília-DF. Coordinator and Professor of the Law course at the Estácio de Brasília University Centre. Lawyer.

* Master in Law from the University of the Federal District. Professor of Law at the Estácio de Sá University (RJ) and at the Estácio de Brasília University Centre (DF). Coordinator of the *lato sensu* digital (distance learning) postgraduate course in Material and Procedural Labour and Social Security Law at Estácio de Sá University. Researcher in the "Constitution, Labour and Access to Justice" and "Trade Unionism" research groups at the University of the Federal District (UDF). Lawyer.

Palavras-chave: *Trabalho decente. Áreas rurais. Trabalho análogo ao escravo. Brasil. Prevenção.*

1. Introduction

This research is based on the premise that access to work in decent conditions is a fundamental social human right advocated by international society and protected by the Brazilian legal system.

Based on Brazil's territorial extension and the figures relating to the labour force located in rural areas of the country, the aim is to investigate whether rural workers have received effective protection of their fundamental human right to work in conditions of dignity, in the light of international and national normative provisions on the subject. In this sense, the question is: Is the fundamental social human right to decent work effective in rural Brazil?

To answer the research question posed, the article is divided into two sections, the first of which outlines the normative location and legal content of the fundamental human right to decent work in the context of national and international legal systems.

The second section, in turn, presents a statistical overview of the actions promoted by the Brazilian state, at various levels and structures, aimed at combating the exploitation of labour analogous to slavery in the countryside between 2022 and 2023. The analysis of the statistical data reveals the predominant profile of the victims of rural slave labour in Brazil: black and brown skinned people, with no more than an incomplete high school education.

Finally, the conclusions of the research are presented, pointing to the state's responsibility to adopt concrete and immediate measures to completely stop the use of human labour in rural areas without guaranteeing the conditions that allow the person working in the countryside to achieve social, personal and collective fulfilment, in terms of work with dignity.

The scientific approach adopted is inductive, organized through the research techniques of bibliographical and documentary analysis.

2. Fundamental Social Human Right of Decent Work

Considering the new democratic winds swept over the since the Second World War, different constitutions of occidental states incorporate unprecedented humanist spirit, in which new legal thought bears itself by the pillars of human rights ethical dimensions: dignity, citizenship and social justice³⁰.

Since the San Francisco Charter³¹, which have brought the United Nations and the following stablishing of a humanist thought as a guide of behaviour and social relationships, this content becomes to be settled on the labor area by the concept of social justice.

The Declaration of Philadelphia³² equally represents a key milestone on a social justice stablishment as a reference of the labor humanistic content and point as its principles: labour is not a commodity; acknowledgement that poverty constitutes a danger to prosperity everywhere; freedom of expression and of associaton are essencial to sustained progress; and the tripart concerted international effort between workers, employers and governments as a way to progressively improve the conditions of work and living.

Therefore, it is stressed the two first principles are shown as truly postulates targeted in a diametrically opposed way to the admittance of any kind of forced labour or related to one's reduction on a slavery condition.

As Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado³³, social justice's primacy has crossed three distinct nomined phases on International Labor Organization history: Institutionalization Phase (since its creation in 1919 until 1939); Expansion Phase (since 1944 until the 1970's decade); and Diversification and Revisiting phase of ILO's intervention, since second half 1970's decade of XX century, where the humanist

³⁰ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 199-219, abr./jun. 2013. Disponível em:// <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/39825> Acesso em: 15 nov 2023. 203 p.

³¹ BRASIL, Decreto 19,841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. D.O.U de 22/10/1945

³² BRASIL. Decreto 10.088 de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. D.O.U de 06/11/2019, p. 12

³³ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A OIT e sua Missão de Justiça Social. **Revista Pensamento Jurídico – São Paulo**. Vol. 13, n. 02, p.424-448, jul/dez 2019. p.426-427

constitutionalism has to deal within relevant challenge: the neoliberal ideology on work relationships.

The globalization phenomenon should assume means to secure the debt of human rights ethical pillars. Nevertheless, unlike that, as stated Maurício Godinho Delgado³⁴, the direct influence of neoliberal ideology on the capitalism, through your market-oriented economy, targets as a main goal the productivity and profit, stripping itself the balance concerned between the holders of means of production and the workpower. For this reason, is has been engineered and fostered a broad surround of working and employment primacy, sponsoring relevant degree of job desprotection.

In pursuing the interlinking need between the duties of improving conditions of work and the civilizatory feature, it is recognized by the appreciated author the labor as the main and more democratic tool to overcome the poverty. In this way, the protection of work and employee could be known as the imperative tool responsible for the mentioned balance between workers and employers, being the social justice as its main instrument, without any social and economical system's impracticability. Due to that reasons, work must be inserted into the ethical dimension of Human Right's pillars.

In this regard, as the International Labor Organization's (ILO) Diversification and Revisiting phase guidance, it has become essencial the compromise of distinct plenipotentiaries states on reframing the real efectiveness of social justice, so that it could be matched with humanist constitutionalism.

That's the moment of the appearance of ILO's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work³⁵ – ammended by the 1st Resolution of 110th International Labor Conference³⁶ and matched with the associated international conventions from ILO

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005. 122 p.

³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf Acesso em: 08/12/2022

³⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Resolução sobre a inclusão de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho como estrutura dos princípios e direitos fundamentais no trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848632.pdf Acesso em 28 dez 2013

on its thematic identity – that lists five fundamental principles of work as a guarantee of social justice and convergence aspect reference to the decent work characterization³⁷.

The preamble of ILO's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work highlights the necessity to integrate the goals of social progress and economical growth. For this reason, some concrete goals should be pursued, among them, the guarantees that fundamental principles that promotes the decent work, as it could be understood by the following excerpt:

“It is considered that, noting the objective to keep the bond between social progress and economical growth, the guarantee of fundamental principle and rights on work establishes an special importance and meaning to assure for its own interests, the possibility to freely claim and in equal conditions a fair opportunity on wealth that has contributted with its creation, as to widely develop its human potential.

The fundamental principles of work, thereby, targets to the assurance of minimum necessary conditions of the workers's main development, the same moment constitutes programmatic goals to indicate acceptable standards of decent work conditions.

The first principle refers to the Freedom of Association and Effective Recognition to the right of a Bargaining Collective Agreement, principle respectively considered on ILO's International Convention n. 87 (non ratified) and n. 98 (important to quote that ILO's International Convention n. 135 and 151, both ratified by brazilian government, also deal, in important measures, the unions' freedom and collective autonomy, besides unionism's representative and trading duties).

The second, in turn, refers to the Elimination of every kind of Forced or Obligatory Work, stated on ILO's International Conventions n. 29 and 105.

In third, comes the relative principle to the Effective Abolition of Child Labor, stated on ILO's International Conventions n. 138 and 182.

The fourth, in its turn, mentions the Elimination of Discrimination in terms of Employment and Occupation, stated on ILO's International Conventions n. 100 and 111.

³⁷ CALDAS, Roberto de Figueiredo. Há Progressividade e Não Retrocesso nos Direitos Humanos Sociais no Brasil? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 83**, n 3, p.212-238, jul /set 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/115771> Acesso em: 20 out 2022. 218 p.

The fifth, and the last, advocates a Safe and Healthy Work Environment, stated on ILO's International Conventions n. 155 and 187.

Considering, in turn, the efficiency of fundamental rights, that assure their legal superiority³⁸, as the expansive human right's power³⁹ it is certain that interpretations about the fundamental principle of Elimination of every kind of Forced or Obligatory Work deserve application under the maximum effectiveness of human rights legal rules' viewpoint.

The obedience to the 2nd paragraph of the 5st article of Brazilian Federal Constitution⁴⁰, besides defend the direct and complete application of rights previewed⁴¹ – extracting the best profit for the right holder without any sacrifice for the others whose have not been elected – is also justified by the *pro persona* principle to allow the prevalence of an interpretation more favorable to the human person in a case of an eventual conflict⁴².

About this subject, it is important not to forget the fundamental rights – an expression. of human rights condoned by the international society established on a country's constitutional framework – could be invoked against the state (vertical effectiveness strand), as on the private intersubjective relationship (horizontal effectiveness manifestation)⁴³.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 152 p.

³⁹ PIOVESAN, Flavia; FACCHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos** – Rio de Janeiro: Forense, 2019. 268 p

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União de 05/10/1988, p.1. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=CON&numero=&ano=1988&ato=b79QTWE1EeFpWTb1a> . Acesso em: 10 set. 2023

⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos** – 9ª edição – Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022. 441 p.

⁴² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos** – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2023. p. 94-95

⁴³ SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos.; WENCZENOVICZ, Thais Janaína. A eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina). **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região, Florianópolis**, v. 19, n. 28, p. 373-398, 2016. p.379-385

In that turn, either the article 29 of American Convention of Human Rights⁴⁴, as the article 5th of the International Covenant on Civil and Political Rights⁴⁵, as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁴⁶ ensure the application of an interpretation more favorable to the human person in a case of an conflict of legal terms.

Likewise, it is relevant to state the fundamental principle of Elimination of Forced Work also deserves to be interpreted under the human rights' progressivity pointview, basic universal worth shown by the Universal Declaration of Human Rights⁴⁷, as Piovesan⁴⁸. It happens those international standard assume being theirs guarantees to be universal and indivisible, due the freedom is combined with the equility in accordance with a contemporaneous conception of Human Rights⁴⁹.

The progressiveness of Human Rights is either guaranteed by the caput of Brazilian Federal Constitution's article 7th, as the article 7th of International Covenant on Civil and Political Rights and also the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, as the article 5th of San Salvador Protocol⁵⁰ and the article 1st, item "b" of the Mersosul socio-occupational Declaration⁵¹.

Although the imperative systematization of Human Rights progressists principles targeted on international humanist standards, certainly on its "revisitng" phase, the International Labor Organization recognized other international stardards with the goal to reduce the harmful effects of neoliberalism to work relationships and the Humanistic Constitutionalism, creating foundations to decent work,

⁴⁴ BRASIL, Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de Novembro de 1969. D.O.U de 09/11/1992, p. 15562

⁴⁵ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de Julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívís e Políticos. Brasília, DF. Poder Executivo. D.O.U de 07/07/1992, p. 8716

⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de Julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF. Poder Executivo D.O.U de 07/07/1992, p. 8713

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 03 dez 2023

⁴⁸ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional: prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antonio Augusto Cançado Trindade**. 18ª ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 231 p.

⁴⁹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional: prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antonio Augusto Cançado Trindade**. 18ª ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 237-238.

⁵⁰ BRASIL, Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de Novembro de 1969. D.O.U de 09/11/1992, p. 15562

⁵¹ MERCOSUL – Mercado Comum do Sul. Países do Mercosul. Montevideu, Uruguai. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/paises-do-mercotel> . Acesso em: 11 Jan 2023

The ILO's Decent Work Agenda⁵² seeks to reaffirm work's central importance and the expansion of the work protection for all kind of workers, as the ILO's Declaration on Social Justice for a Fair Globalization⁵³ seeks to assure standards of balance between the globalization effects and the maintenance of a social dimension for the progress, not being allowed to forget about the ILO's Tripartite Declaration of Principle Concerning Multinational Enterprises and National Social Policies⁵⁴ and the ILO's Centennial Declaration for the Future of labor justice⁵⁵.

3. Brazilian State Government Actions For Prevention And Elimination Of The Similar Conditions To Slavery Work On Brazil's Rural Areas Between 2022 And 2023

According to the report "Conflicts in the Countryside Brazil 2023", produced by the Dom Tomás Balduino Documentation Centre of the Pastoral Land Commission, the report records⁵⁶

[...] conflicts, which are understood as actions of resistance and confrontation that take place in different social contexts in rural areas, involving the struggle for land, water, rights and the means of labour or production. These conflicts occur between social classes, between workers, or because of the absence or mismanagement of public policies. [...]

In this process of monitoring and recording conflicts, the CPT understands that labour conflicts "[...] include cases in which the relationship between labour and capital indicates the existence of slave labour and overexploitation. Strikes are also part of labour conflicts [...]"⁵⁷.

With regard to the conceptualisation of slave labour used by the CPT, it is as follows

⁵² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Agendas de Trabalho Decente, Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/WCMS_302662/lang--pt/index.htm Acesso em 01 dez 2022

⁵³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT Sobre Justiça Social para uma Globalização Justa. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---rogeneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665217.pdf. Acesso em: 22 dez 2023

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Políticas Sociais. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilolisbon/documents/publication/wcms_714669.pdf. Acesso em: 22 dez 2023

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714669.pdf. Acesso em: 22 dez 2023

⁵⁶ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. 12 p.

⁵⁷ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. 12 p.

[...] as defined by article 149 of the Brazilian Penal Code, updated by Law no. 10.803, of 11.12. 2003, which characterises it as subjecting someone to forced labour or exhausting working hours, or subjecting them to degrading working conditions, or when restricting, by any means, their locomotion due to a debt contracted with the employer or agent, or when restricting the worker's use of any means of transport in order to detain them at the workplace, or when maintaining ostentatious surveillance at the workplace or taking possession of the worker's personal documents or objects in order to detain them at the workplace⁵⁸.

In order to get an overview of the labour conflicts recorded by the CPT, the following table covers the years 2014 to 2023:

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Rural Slave Labour	132	80	68	67	86	89	95	170	206	251
Murders	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
People involved	2.494	1.760	751	532	1.465	880	1.070	2.035	2.605	2.989
Super-exploitation	11	6	1	0	5	1	0	0	2	0
Murders	0	1	1	0	2	3	0	0	0	0
People involved	294	125	2	0	14	3	0	0	3	0
Total	143	86	69	67	91	90	95	170	208	251

Table 1 - Labour conflicts in rural Brazil, 2014 to 2023. Source: Pastoral Land Commission, 2024, p. 21.

Also according to the report "Conflicts in the Countryside Brazil 2023"⁵⁹, labour-related conflicts by Federation unit were recorded in 2023. 37-103), with regard to labour-related conflicts, by unit of the Federation, in 2023, the following were recorded: a) in Acre, 1 (one) conflict, with 7 (seven) workers rescued; b) in Alagoas, 6 (six) conflicts, with 61 (sixty-one) workers rescued; c) 13 (thirteen) conflicts, with 69 (sixty-nine) workers rescued; d) in Ceará, 6 (six) conflicts, with 23 (twenty-three) workers rescued; e) in the Federal District, 1 (one) conflict, with 1 (one) worker rescued; f) in Espírito Santo, 9 (nine) conflicts, with 80 (eighty) workers rescued; g) in Goiás, 17 (seventeen) conflicts, with 709 (seven hundred and nine) workers rescued; h) in Maranhão, 13 (thirteen) conflicts, with 104 (one hundred and four) workers rescued; i) in Mato Grosso, 3 (three) conflicts, with 8 (eight) workers rescued; j) in Mato Grosso do

⁵⁸ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. 12 p.

⁵⁹ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. p. 37-103

Sul, 120 (one hundred and twenty) conflicts, with 90 (ninety) workers rescued; l) in Minas Gerais, 58 (fifty-eight) conflicts, with 472 (four hundred and seventy-nine) workers rescued; m) in Pará, 21 (twenty-one) conflicts, with 75 (seventy-five) workers rescued; n) in Paraíba, 8 (eight) conflicts, with 62 (sixty-two) workers rescued; o) in Paraná, 14 (fourteen) conflicts, with 75 (seventy-five) workers rescued; p) in Pernambuco, 3 (three) conflicts, with 4 (four) workers rescued; q) in Piauí, 14 (fourteen) conflicts, with 150 (one hundred and fifty) workers rescued; r) in Rio de Janeiro, 3 (three) conflicts, with 2 (two) workers rescued; s) in Rio Grande do Sul, 13 (thirteen) conflicts, with 333 (three hundred and thirty-three) workers rescued; t) in Rondônia, 4 (four) conflicts, with 16 (sixteen) workers rescued; u) in Roraima, 9 (nine) conflicts, with 39 (thirty-nine) workers rescued; v) in Santa Catarina, 6 (six) conflicts, with 62 (sixty-two) workers rescued; x) in São Paulo, 13 (thirteen), with 245 (two hundred and forty-five) workers rescued; z) in Tocantins, 5 (five) conflicts, with 40 (forty) workers rescued.

In general terms, it can be seen that the states with the greatest territorial extension had the highest number of conflicts related to labour in the countryside, as well as the highest number of people rescued from rural labour analogous to slavery. In absolute numbers, in 2023, the CPT recorded 251 (two hundred and fifty-one) conflicts related to labour in the countryside and 2,989 (two thousand, nine hundred and eighty-nine) people involved⁶⁰.

However, not all the people involved in conflicts related to rural slave labour were rescued. According to the CPT⁶¹, the total number of people rescued from situations of rural slave labour in 2023 was 2,663 (two thousand, six hundred and sixty-three), with Goiás, followed by Minas Gerais and Rio Grande do Sul, being the states with the highest numbers of people rescued, as they registered 699 (six hundred and ninety-nine), 472 (four hundred and seventy-two) and 323 (three hundred and twenty-three), respectively.

This report points to cattle ranching as the historical champion "in terms of the number of people affected by rural slave labour in the country", noting that "more than 17,000 workers were rescued on cattle ranches - 156 in 2023 alone"⁶². For CPT,

⁶⁰ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. 103 p.

⁶¹ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. 149 p.

⁶² COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2023. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. 152 p.

As you can see, slave labour is still pervasive in the most diverse segments of the Brazilian economy. Reinforcing state inspection, creating consistent public policies and stimulating pressure from civil society are urgent measures to try to eradicate the problem.

It can therefore be seen that despite the existence of a regulatory framework that aims to guarantee decent working conditions for rural workers, Brazil has not succeeded in eliminating flagrant violations of this right in rural areas. In the same vein, there was an increase in cases of people being subjected to rural slave labour in 2022 and 2023.

The Observatory for the Eradication of Slave Labour and Human Trafficking⁶³ provided in 2024 statistics on the main rural activities with the highest prevalence of cases of rescue of people in situations of rural slave labour between 2022 and 2023. The five rural activities with the highest prevalence of recorded cases of rural slave labour have the following percentages: a) agricultural support activities with 11.3%; b) sugar cane cultivation with 10.9%; c) coffee cultivation with 8.4%; d) cultivation of crop plants in general with 8.36%; e) forestry production - replanted forests with 6.73%. Cattle farming comes in 8th place, with 3.73% of rescue cases.

By analysing the data on the main agro-economic activities in which people have been rescued from rural slave labour, it can be concluded that there is a concentration of cases in large-scale production activities, to the detriment of rural production on small properties or in family farming. It can be seen here that understanding the specific circumstances in which the result of human labour is appropriated by third parties is an essential element in protecting human beings in the context of rural labour.

Regarding the skin colour of the people rescued between 2022 and 2023, 65.3% are brown-skinned, 16.7% are black, 15.8% are white, 1.87% are indigenous and 0.35% are yellow⁶⁴.

It can therefore be seen that the total number of black and brown-skinned people found in situations of rural slave labour reaches 82% of the total number of rescues. This

⁶³ The Observatory for the Erradication of Slavery Labour and Human Traffiking in Brazil is an initiative of collaboration between several public organisms publics, as, for example, the Ministry of Work and Employment, institutions as the Labor Public Prosecution, and international organisms as the International Labor Organization. On the website <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=perfilCasosTrabalhoEscravo> it is possible to find statistics about several aspects related to the official fiscalizations on work in Brazil.

⁶⁴ O OBSERVATÓRIO DA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO E TRÁFICO DE PESSOAS. *In*: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=perfilCasosTrabalhoEscravo>. Acesso em: 22 mai 2024

data clearly shows that the predominance of illegal exploitation of the labour force in rural areas is concentrated among black and brown-skinned people.

In fact, this predominance of black and brown-skinned people among the victims of rural slave labour was also found by the Slave Labour and Human Trafficking Clinic of the Faculty of Law of the Federal University of Minas Gerais which, under the leadership of Professor Livia Mendes Moreira Miraglia, presented its quantitative findings in the state of Minas Gerais between 2017 and 2023⁶⁵.

With regard to the level of education of people found in conditions of labour analogous to slavery in rural areas in 2022 and 2023, the highest level of education is incomplete secondary education, with 16.5% of those rescued. There is no record, therefore, of any person rescued whose schooling is above incomplete secondary education. The percentage of rescued people with complete primary education was 13.5%, and the percentage of illiterate people reached 7.73%⁶⁶.

The intersectional perspective between skin colour and educational level is therefore an issue that deserves special attention from decision-makers in terms of public policies on access to work and education. In this context, it is important to highlight that the impact of the legal principle of human dignity on labour relations imposes a duty on employers to "make workers aware of basic rights and ensure that they are applied in the workplace"⁶⁷.

The statistical data analysed shows that access to basic education is inadequate in rural Brazil, so that rural workers in general are not guaranteed the human right to education as such. A joint analysis of the data on schooling and skin colour, with regard to the profile of the victims, leads to the conclusion that insufficient access to formal education is also linked to racial aspects. This shows the intersectionality of the

⁶⁵ UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da UFMG. Recurso on-line. Available in: <https://www.clinicatrabalhoescravo.com/> Acesso em: 25 maio 2024.

⁶⁶ O OBSERVATÓRIO DA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO E TRÁFICO DE PESSOAS. In: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=perfilCasosTrabalhoEscravo>. Acesso em: 22 mai 2024

⁶⁷ OLIVEIRA, Luiz Fernando de; SIQUEIRA, Rodrigo Espíuca dos Anjos. O dever patronal de promover a educação para uma cultura de direitos humanos no ambiente laboral e a redução das violências baseadas no gênero e na cor da pele. In: LARA, Caio Augusto de Souza; CANSI, Francine; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. (Orgs.). Direito do trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2023. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/e99pa10a/52iMFK5kewt615LZ.pdf>. Acesso em: 05 maio 2024.186 p.

accumulated vulnerabilities: black and brown-skinned people, as well as not having adequate opportunities to access education, also become the preferred targets of attacks on the fundamental human right to decent work.

At this point, it is worth adding the reflection promoted about "cultural racism"⁶⁸, according to which it is possible to separate social groups into categories that become better or worse valued according to the level of discipline or self-control materialised in the productive market. The market's logic for attributing value to work, which used to be based on skin colour, and then sought reasons in religiosity (Protestant, for example), reveals itself in the predilection for the labour of black and brown-skinned people with little schooling in situations where human labour is exploited in conditions analogous to slavery.

According to Jessé Souza⁶⁹, "for the rule of equality to be legally effective, the perception of equality in everyday life must be effectively internalised". In other words, without effective application of the normative dictates protecting human labour in the daily lives of working people, regardless of the colour of their skin or any other discriminatory treatment, it will not be possible to achieve the desired minimum level of civilisation.

In a similar vein, Ynaê Lopes dos Santos emphasises the need to eliminate the hierarchisation of bodies in society, a hierarchisation that is one of the most solid foundations of the racism we experience in Brazil. For Santos⁷⁰,

[...] This often defines the subjectivity of black men and women, to the extent that their materiality not only deviates from the acceptable standard, but also constitutes a kind of antagonism to that same standard. In racism, there is no room for diversity unless the bodies in which the diverse dwell are hierarchised.

Considering the above, it can be concluded that the rural Brazil of unscrupulous and predatory agribusiness is still fertile ground for various violations of human dignity. Human labour receives normative protection at both international and national levels, but

⁶⁸ SOUZA, Jessé. *Brasil dos humilhados: uma denúncia da ideologia elitista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2022. 194 p.

⁶⁹ SOUZA, Jessé. *Brasil dos humilhados: uma denúncia da ideologia elitista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2022. 194 p.

⁷⁰ SANTOS, Ynaê Lopes dos. *Racismo brasileiro: uma história da formação do país*. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022. 267 p.

the implementation of these protection norms has not reached a desirable level regarding human labour in rural Brazil, especially about black and brown-skinned people.

Despite the work of labour inspectors and the government bodies responsible for protecting workers, disrespect and exploitation of human beings is rife in the corners of rural Brazil.

4. Conclusion

The human work collects its protection from the international standards, specially when international Treaties and Covenant know them as a human right legal nature. This legal acknowledgment assign the States the main duty to promote effective and concrete actions to guarantee protection, legal and material, to the work made by humans.

From here onwards, someone who offers his workforce to thirds, on a exchange for remuneration in cash, demands a attentive look from the state institutions not only by the conditions agreed related to the job, but also by the own material conditions of development of the work itself.

The work done in conditions non favorables to the social, individual and collective, development of the person that works for thirds, is undesirable and does not deserve to succeed. The State needs to interfere on those situations and cease the exploitation actions of workforce that does not promotes the human dignity on the workplace.

Absolutely harmful to the society is the act to expropriate the product of human worktask neither without a fairly financial retribution, nor the proper assurance of a minimum civilizatory level on assuring the conditions to execute the services. Therefore, the rural slavery work combine all the undesirable elements that takes out the dignity from any human being.

Data analysed on this research allows identify the social groups with more prevalence of work on similar conditions of slavery.

It is understandable that black and brown-skinned skinned people are, in fact, the social group more vulnerable to the contemporaneous rural slavery work. In addition to the racial issue the vulnerability increased by the deny of human right to education, it means, black and brown-skinned persons besides they has not been allowed the access to

elementar scholarship, they also holds the title of being the preferred targets of workforce predators.

There is na increase of workers rescued, male and women, on similar conditions of slavery work on 2022 and 2023. However, the research did not succeed on find out the reasons to increase the number of registered cases. It is asked if, maybe, is not the reason the increase of fiscalization?

Although, is was possible to conclude that the cases of unfair exploitation of human workforce happens with more prevalence on rural activities of large scale's production, ando n States with a wider territorial extension.

On conclusion, to answer the scientific research question inserted on the begining of the research, it is affirmed that in relation of black and brown skinned people, with low scholarship level, several violations to the fundamental social human right of decent work happens, specially in rural Brazil. Therefore, the brazilian state needs to intensify the fiscalization, wider the awareness and information campaigns, engineer na education plan for people on the fields, and, on the bottom, create and effect public policies to cease the slavery work.

REFERENCES

BRASIL. **Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas. Fonte: Coleção das Leis do Brasil. D.O.U de 22/08/1945. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF. Poder Executivo D.O.U de 07/07/1992, p. 8713. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Brasília, DF. Poder Executivo. D.O.U de 07/07/1992, p. 8716. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL, **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. D.O.U de 09/11/1992, p. 15562. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL, **Decreto nº 3321, de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. D.O.U de 31/12/1999. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL, **Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. D.O.U de 06/11/2019, p. 12. Acesso em: 10 maio 2024.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. Há Progressividade e Não Retrocesso nos Direitos Humanos Sociais no Brasil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 83, n 3, p.212-238, jul /set 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/115771> Acesso em: 20 out 2022

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Conflitos no campo Brasil 2023**. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2024. 214 p.

DELGADO, Gabriela Neves; Ribeiro, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Ecos do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Dinâmica de Reconhecimento dos Direitos Socio trabalhistas na Constituição Federal de 1988. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 14, n. 2, p. 15–33, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/22367>. Acesso em: 15 nov. 2023.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 199-219, abr./jun. 2013. Disponível em:// <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/39825>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A OIT e sua Missão de Justiça Social. **Revista Pensamento Jurídico – São Paulo**. Vol. 13, n. 02, p.424-448, jul/dez 2019

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2022.

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul. Países do Mercosul. Montevideu, Uruguai. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/paises-do-mercossul/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

OLIVEIRA, Luis Fernando de; SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos. O dever patronal de promover a educação para uma cultura de direitos humanos no ambiente laboral e a redução das violências baseadas no gênero e na cor da pele. In: LARA, Caio Augusto de Souza; CANSI, Francine; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. (Orgs.). **Direito do trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho II** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2023. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/e99pa10a/52iMFK5kewt615LZ.pdf>. Acesso em: 05 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2023

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Agendas de Trabalho Decente**, Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/WCMS_302662/lang--pt/index.htm Acesso em: 01 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT Sobre Justiça Social para uma Globalização Justa**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---rogeneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms>. Acesso em: 22 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf Acesso em: 01 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Políticas Sociais**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilolisbon/documents/publication/wcms_714669.pdf Acesso em: 22 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---rogeneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714669.pdf Acesso em: 22 dez. 2023

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional**: prefácio de Henry Steiner; apresentação de Antonio Augusto Cançado Trindade. 18 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flavia; FACCHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos** – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos** – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2023.

SANTOS, Ynaê Lopes dos. **Racismo brasileiro: uma história da formação do país**. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e**

culturais. In: VON BOGDANDY, Armin.; PIOVESAN, Flavia.; ANTONIAZZI, Mariela Morales. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SOUZA, Jessé. **Brasil dos humilhados: uma denúncia da ideologia elitista**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2022.

SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos.; WENCZENOVICZ, Thais Janaína. A eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina). **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região**, Florianópolis, v. 19, n. 28, p. 373-398, 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Clínica de trabalho escravo e tráfico de pessoas da Faculdade de Direito da UFMG**. Recurso on-line. Disponível em: <https://www.clinicatrabalhoescravo.com/> Acesso em: 25 maio 2024.

A PEJOTIZAÇÃO SOB O PRISMA DE CAUSA E EFEITO: EVASÃO FISCAL E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

PEJOTIZATION UNDER THE PRISM OF CAUSE AND EFFECT: TAX EVASION AND THE PRECARIZATION OF LABOR RELATIONS

Recebido em: 29/11/2023

Aprovado em: 08/12/2023

Milene Ovando Jeske*
Priscila Tinelli Pinheiro*

Resumo: A presente pesquisa analisa as causas da pejotização e seus reflexos na construção das relações sociais brasileiras. A pejotização é uma tentativa de defraudar as leis trabalhistas e tributárias. Ante a flexibilização da legislação celetista pela Lei n.º 13.467/2017, e as mudanças de entendimento quanto à terceirização, dificultou-se a proteção dos direitos do trabalhador. Para tanto, analisou-se as consequências do fenômeno da pejotização nas relações de emprego a partir de suas causas, tendo como pressuposto a evasão fiscal. Utilizou-se o método dedutivo para a pesquisa em âmbito jurídico e o indutivo em contexto sociológico, acerca das consequências sociais das práticas da pejotização no pós-Reforma Trabalhista. Como resultado, verificou-se a abnegação de direitos irrenunciáveis correlacionada à precarização dessas relações.

Palavras-Chave: *Pejotização. Reforma Trabalhista. Precarização. Evasão Fiscal. Elisão Fiscal*

Abstract: the present study has as its main object the analysis of the conducting causes of pejotization and how to stop its repercussions in the construction of Brazilian social relationships. Pejotization is an attempt to defraud the labour and tax laws. After the labor reform (lei n.º 13.467/2017) and the changes in the legal understanding about outsourcing, it has been harder to protect worker rights in front of the flexibilization of the CLT norms. For this purpose, the consequences of the pejotization phenomenon were analyzed by its causes, based on the presupposition of tax evasion. Utilizing the deductive method to research in a legal and inductive scope on a sociological framework, about social consequences of the pejotization practices post labour reform.

* Residente Jurídica da 6 Promotoria de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul em Corumbá. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

* Doutora e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa - Cnpq: Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos (FDV). Possui graduação em Direito - Faculdades de Direito de Vitória (2013). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito do Trabalho e Direito Civil. Professora Adjunta - UFMS - Câmpus do Pantanal.

Keywords: *Pejotization. Labor Reform. Precariousness. Evasion Practice. Tax avoidance*

1. Introdução

A questão central do presente trabalho consiste na análise das principais causas da pejotização, e como evitar as suas consequências na construção das relações sociais no atual contexto brasileiro. Tendo isso em vista, observam-se não apenas as violações aos princípios do direito do trabalho, mas também sua base sociológica.

Conhecida como pejotização (ou pejotismo), advinda da sigla PJ (Pessoa Jurídica), trata-se de uma tentativa de diminuir os “gastos” na contratação de empregados, por meio da qual o empregado abre uma pessoa jurídica para poder trabalhar em determinada empresa, que realiza contrato de prestação de serviços, embora estejam presentes os elementos caracterizadores de uma relação de emprego. Dessa forma, trata-se de uma fraude ao contrato de trabalho e uma tentativa de burlar, tanto as leis trabalhistas, quanto as tributárias.

Possui como origem a tentativa de evasão fiscal, e traz consequências diretas na relação empregador-empregado, quando há a abstenção do pagamento das obrigações acessórias trabalhistas, e a imposição de uma jornada idêntica (ou similar) à realizada por um contrato de trabalho individual. Em um contexto atual, sobretudo após o advento das Leis n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista, que adveio com o intuito de flexibilizar as relações de trabalho) e 13.429/2017 (alterou a Lei n.º 6.019/1974, a qual discorre sobre o Trabalho Temporário), bem como à mudança de entendimento em relação à Súmula 331 do TST, tal prática foi colocada em evidência, principalmente a respeito da maior dificuldade em proteger os direitos do trabalhador, ainda que os princípios do direito do trabalho e os elementos caracterizadores da relação de emprego não tenham se modificado.

Apesar de ser ato de evasão fiscal, é controversa a sua classificação como tal. Isso se dá pela dificuldade de identificação, ao ser confundida, por vezes, com a elisão fiscal – prática lícita de redução no pagamento de tributos sem que sejam configuradas fraudes.

De mais a mais, a pejotização encontra, em seu seio, a intenção do empregador em reduzir o pagamento dos tributos em seu empreendimento, estando o “empregado” sujeito aos mesmos requisitos da relação de emprego, ressaltando-se a personalidade, a

não-eventualidade e a subordinação, mas com o ônus de não estar sob a égide das leis trabalhistas. Existe, nesse ponto, uma falsa percepção de maior autonomia ao contratado, posto que, uma das principais características do trabalhador autônomo é poder gerir seu próprio labor, o que não ocorre na pejotização, já que o elemento da subordinação permanece presente.

A pesquisa utiliza uma visão pós-positivista e sociológica. Tendo isso em vista, é analisada a legislação que adentra ao tema a ser desenvolvido, assim como casos concretos e o entendimento doutrinário acerca das mudanças ocorridas.

Desse modo, além da própria Consolidação das Leis Trabalhistas – à luz da Reforma Trabalhista –, há também a perspectiva a partir das mudanças na Lei n.º 6.019/1974 e na Súmula 331 do TST, que discorrem, respectivamente, acerca do trabalho temporário e da terceirização. São observados os direitos do Estado de postular pelas verbas tributárias, os princípios do Direito Tributário e, com especial olhar, nos reflexos no Direito do Trabalho.

Para tanto, ao buscar o quadro fático e a relação de causa e efeito entre o Direito Tributário e o Direito Trabalhista, foi realizada pesquisa de cunho bibliográfico tomando por base autores que abordam o fenômeno tanto pela perspectiva trabalhista como pela tributária. Além disso, recorreu-se à doutrina clássica ao basilar os preceitos de ambos.

Apesar de apresentar as profissões em que há a maior incidência de pejotização, o presente estudo adota o método dedutivo. Sendo assim, utilizam-se generalizações amplas acerca da prática.

No que tange à análise sociológica sobre as consequências da pejotização na sociedade brasileira, foi utilizado o método indutivo, no qual não há uma resposta fixa, mas considerações. A generalização tange a respeito das consequências no Brasil como um todo, bem como às profissões adotantes da pejotização.

2. Evasão e Elisão Fiscal: Pontos de Diferenciação

Para compreender a problemática da pejotização, faz-se necessário discorrer sobre seu ponto mais controverso: quando se trata de evasão fiscal e até que ponto existe a elisão. Isso ocorre pelo fato de a diferenciação entre ambos os fenômenos se encontrar na penumbra em determinados momentos. Existe uma confusão entre a lícita elisão fiscal

e a criminosa evasão fiscal, tendo em conta o momento em que se adentra no campo da última.

Os termos elisão, evasão e elusão fiscal são comumente utilizados pelo Direito Financeiro, bem como no campo da contabilidade, ao passo que, no Direito Tributário, tais expressões são especificadas pela palavra “tributário”. Na hipótese em análise, são utilizados acompanhados da palavra “fiscal” por se tratar da visão dessas práticas quanto ao planejamento e ações dentro de uma empresa.

Uma entidade, além de seus custos de produção e funcionamento, possui também seu planejamento relacionado aos tributos, pretendendo o menor pagamento possível⁷¹. Desse modo, ao se dispor de uma visão empresarial quanto às práticas, o termo “fiscal” é aderido. Portanto, apesar de ter seu olhar intrínseco ao Direito Tributário, lê-se o termo “fiscal” em vez de “tributário”.

2.1 Elisão Fiscal

A elisão fiscal é uma prática empresarial que consiste no planejamento de uma empresa para se pagar um mínimo de tributos quanto possível sem que se entre no campo da evasão fiscal, ou mesmo da sonegação de impostos. Está inclusa no planejamento contábil da empresa, sendo comum e importante nas empresas para que se reduza a sua carga tributária.

Destarte, os impostos se encontram no rol de fundamentos para tomada de decisões dentro das corporações. Para que os gastos sejam equilibrados e a instituição continue em suas operações de maneira segura, as ações relativas à elisão fiscal são comuns no ambiente corporativo, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo⁷².

Quando não abusiva, traz benefícios para a empresa praticante. Tanto no campo do Direito Financeiro, quanto no estudo do Direito Tributário, a elisão fiscal é lícita e aceita, tendo como sua base o planejamento realizado de maneira antecedente ao fato gerador do tributo, desde que nos termos aceitáveis⁷³.

⁷¹ CUNHA, Carlos Renato *et al.* **A desconsideração da chamada “Pejotização” para fins tributários e o dever de coerência sistêmico.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação da UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2017. p. 258.

⁷² MARTINEZ, Antonio Lopo. RAMALHO, Vinicius Pereira. Agressividade tributária e sustentabilidade empresarial no Brasil. **Revista Catarinense da Ciência Contábil.** Florianópolis: CRCSC, 2017. p. 9.

⁷³ CUNHA, Carlos Renato *et al.*, op. cit. p. 259.

Além disso, não é diferente o entendimento doutrinário, uma vez que o contribuinte não possui a obrigação de optar pelo caminho mais oneroso para si. Levando isso em consideração, apesar de não positivado na legislação, a evasão fiscal ou tributária é permitida, ainda que implicitamente, uma vez que esta é operada de forma lícita. Sendo assim, “significa que ele pode escolher, entre dois caminhos lícitos, aquele que seja fiscalmente menos oneroso”⁷⁴.

Para Luciano Amaro⁷⁵, a “Economia Legítima de Tributo”, além de válida, não precisa ser justificada, dado que sua ação deriva do direito de escolha. Diante disso, a elisão fiscal é advinda da liberdade de se seguir pelo caminho que convier, desde que dentro da lei.

Portanto, não há óbice para o uso de práticas de elisão fiscal, seja no campo empresarial, seja de maneira individual. Mesmo porque não existe ilicitude nessas ações, bem como que o indivíduo, ou companhia, está trilhando conforme o que entende de direito em sua liberdade de escolha, a qual é incentivada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.1 Elisão Fiscal na Contabilidade

A elisão fiscal aparece na Contabilidade quando inserida no chamado planejamento tributário, o qual possui natureza preventiva, como um modo de defesa do contribuinte frente aos encargos tributários⁷⁶. Nesse contexto, a empresa planeja o regime tributário a ser utilizado, suas ações operacionais e gerenciais, assim como todo o modo de operação que se relaciona à adequada tributação de maneira a evitar o excesso de tributos, bem como utilizar os incentivos fiscais ligados às suas atividades.

O planejamento tributário é um dos fatores de medida para a eficiência de uma empresa, dado que esta tem por base a menor perda possível sem diminuir a qualidade dos serviços ou produtos. Cabe destacar, ainda, o fato de que é obrigação dos administradores das organizações não apenas buscar equilíbrio, como também aumentar a renda e reduzir as despesas da organização na medida do possível e de maneira lícita⁷⁷.

⁷⁴ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 316.

⁷⁵ AMARO, Luciano, op. cit., p. 326.

⁷⁶ CREPALDI, Silvio. **Planejamento Tributário: teoria e prática**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 22-23.

⁷⁷ CREPALDI, Silvio, op cit. p. 22-23.

O planejamento tributário tem como finalidade “evitar a incidência”, “reduzir o montante” e “retardar o pagamento” dos encargos tributários. Ou seja, seu trabalho se efetiva antes da origem do imposto, de modo que evite o nascimento do fato gerador, modifique-se a base de cálculo do imposto ou se adie a quitação do tributo sem que ocorra penalização.⁷⁸ Ressalta-se, ainda, a existência dos impostos recuperáveis, os quais são excluídos dos cálculos na contabilidade⁷⁹.

Além disso, uma das bases do planejamento tributário se refere à escolha do regime de tributação adotado pela empresa, o qual compreende quatro regimes mais utilizados: simples nacional, lucro presumido, lucro real e lucro arbitrado⁸⁰. Dentre os regimes de tributação, a instituição escolherá aquela que melhor se enquadrar aos requisitos, isso em conjunto com os benefícios que poderá auferir adotando determinado regime de tributação.

Por conseguinte, a própria Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/1976) estabelece o planejamento tributário como uma obrigação. Sendo assim, a omissão por parte dos administradores de empresas na atuação de maneira adequada no planejamento tributário da organização motiva estigma quanto ao mérito de determinada equipe⁸¹. Em virtude disso, interpreta-se a lei como, ao mesmo tempo, um direito e um dever das instituições.

Destaca-se, ainda, que a elisão fiscal pode vir de duas maneiras: as ações advindas de lacunas na lei, e aquelas que advém da própria norma⁸². Assim sendo, além da busca pelas brechas encontradas na lei pela redução de tributos, existem também as ações elisivas não apenas permitidas de maneira implícita, mas expressas e incentivadas pelo ordenamento jurídico.

Conforme leciona Silvio Crepaldi⁸³, o planejamento tributário possui duas fases. A primeira consiste na coleta e na análise das informações, as quais serão utilizadas para

⁷⁸ MARTINEZ, Manuel Perez. **O contador diante do planejamento tributário e da lei antielisiva**. Brasil: Cosif, 2002. Disponível em < <https://www.cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20040619elisao> >. Acesso em: 10 out. 2022.

⁷⁹ RIBEIRO, Osni Moura. **Contabilidade de custos fácil**. 8.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 288.

⁸⁰ RAMOS, Bruno Ferreira *et al*, op. cit. p. 6.

⁸¹ CREPALDI, op cit. p. 67.

⁸² SOARES, Larissa Ribeiro. BORGES, Sabrina R. Pereira. **Estratégias de elisão fiscal das empresas brasileiras: uma abordagem setorial a partir da análise dos incentivos fiscais**. Uberlândia: UFU, 2019. p. 1.

⁸³ CREPALDI, Silvio, op. cit. p. 56.

elaboração de um relatório a ser validado pela empresa a depender de sua aprovação. A segunda fase, por sua vez, compreende a implementação das ações previamente homologadas. Para o autor, é prudente que a instituição disponha de um “Comitê de Planejamento Tributário”, constituído por funcionários internos, ou cedidos por empresa competente.

Por outro lado, Mateus Santos verificou, em sua tese de doutorado,⁸⁴ um paralelo entre a adoção de determinadas práticas e os resultados tributários delas advindos. Por conseguinte, o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) compreende a análise de empreendimentos social e ambientalmente responsáveis, os quais possuem a credibilidade de retorno de bem-estar à sociedade. Outrossim, possuem como característica a prática de elisão fiscal de maneira controlada⁸⁵.

Diante desse panorama, é inegável a importância da elisão fiscal no planejamento tributário das organizações. Além disso, práticas elisivas estão no cerne do trabalho empregado pelos contadores, até mesmo em escolhas importantes, como a do regime tributário a ser adotado pela empresa.

2.1.2 Elisão Fiscal no Direito Tributário

Sob a visão do Direito Tributário repousa um cenário ligeiramente mais limitado, o qual, ao mesmo tempo que reconhece a elisão fiscal como prática lícita, observa as ações praticadas com cautela a fim de se verificar a incidência de ilicitude.

Em virtude disso, deve-se ter em vista a chamada “norma geral antielisiva”, estabelecida no Art. 116 do Código Tributário Nacional. Tal disposição descreve que a Administração poderá desconsiderar “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”.

Em síntese, ainda que determinada instituição ou indivíduo escolha a direção menos onerosa, é possível que a autoridade competente, caso entenda necessário, desconsidere as ações executadas e enquadre-as como atividades de maior onerosidade

⁸⁴ SANTOS, Mateus A. Costa dos. **Evasão tributária, probabilidade de detecção e escolhas contábeis**: um estudo à luz da teoria de agência. João Pessoa: UFPB, 2016. p. 138.141.

⁸⁵ MARTINEZ, Antonio Lopo. RAMALHO, Vinicius Pereira, op. cit. p. 9.

tributária. Em contrapartida, essa norma, apesar de existir, não é empregada em virtude de inexistir regulamentação que a conduza.⁸⁶

Nesse ponto, a elisão fiscal será diferenciada da evasão fiscal no Direito Tributário pelo momento em que nasce o fato gerador. Sendo assim, ações que, salvo nos casos de dissimulação e fraude, por exemplo, ocorrem antes da ocorrência do fato gerador, serão lícitas. Ao passo que, após a criação do fato gerador, a omissão no pagamento tributário se enquadra na tipificada sonegação tributária, de maneira que, “no planejamento, evita-se a incidência da norma jurídica tributária. Na fraude, a aplicação, quando, todavia, a norma já incidiu”.⁸⁷ Ou seja, a fraude ocorre quando a ação é realizada após a incidência da norma, quando o fato gerador já existe e, portanto, a obrigação do pagamento do respectivo tributo.

A despeito da norma geral antielisão, aplica-se o entendimento de que existem motivos fiscais e não fiscais para as atividades elisivas.⁸⁸ Sob esta visão, coloca-se que o contribuinte poderá escolher a ação que melhor lhe convier, mesmo que esta lhe seja mais onerosa em sede tributária.

No mesmo sentido, conforme o Princípio da Legalidade expresso no Artigo 5º, II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por isso, a elisão fiscal não é ilegal por não ser prática vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que a diferencia da evasão fiscal, tratada no tópico a seguir.

2.2 Evasão Fiscal

Já a evasão fiscal encontra-se no campo da ilicitude, quando, por exemplo, há a sonegação, fraude material ou abuso de formas. Constituído o fato gerador, a companhia recorre a práticas ilegais para não realizar o pagamento dos tributos, ou diminuí-los de maneira fraudulenta.⁸⁹

Na evasão fiscal as condutas violam diretamente a lei fiscal. Conforme Crepaldi,⁹⁰ concerne em “uma fraude dificilmente perdoável porque é flagrante e o

⁸⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

⁸⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, op. cit. p. 134.

⁸⁸ AMARO, Luciano, op. cit., p. 317.

⁸⁹ CUNHA, Carlos Renato *et al*, op. cit. p. 262-266.

⁹⁰ CREPALDI, Silvio, op. cit. p. 87.

contribuinte se opõe conscientemente à lei”. As práticas inerentes à evasão fiscal são, em essência, ilícitas e tipificadas com as penalidades cabíveis. No mais, ainda que ocorram antes do fato gerador, se fraudulentas, recairão também em ato ilícito segundo as determinações do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Modos de Evasão Fiscal

Ao se estudar o fenômeno da evasão fiscal, são elencados tipos de evasão fiscal que, em determinados momentos, confundem-se entre si, bem como que não é remansoso o entendimento de sua diferenciação. Alguns autores utilizam mais de um nome para a mesma prática, já outros, enumeram os tipos como atividades diferentes, ainda que parecidas.

No que tange à sonegação, esta se refere à evasão omissiva, quando existe o fato gerador da obrigação tributária e a pessoa (física ou jurídica) opta por não realizar o pagamento do encargo.

Quanto à fraude material, ocorre quando se verifica a falsificação de documentos, incorrendo também a outras tipicidades além da evasão fiscal em si, como o previsto no Art. 298, do Código Penal, que se trata de falsificação de documento particular, o qual tem como penalidade “reclusão, de um a cinco anos, e multa”.

Conquanto a fraude material é a falsificação de documentos de maneira tangível, a fraude à lei fiscal é o uso de uma norma jurídica para se evadir de outra determinação. Isto posto, serve-se de uma “norma de cobertura” para não realizar o que foi previamente imposto ou vedado pelo ordenamento jurídico.⁹¹

Já a simulação se perfaz pela realização de um ato previamente lícito, mas com a realidade divergente do qual se tem em lei. A legislação determina certa relação jurídica, ao passo que a realidade não condiz com o previsto. Destaca-se que se trata de uma ação de “meio”. A exemplo, em uma relação de compra e venda, mas que se beneficia de um contrato de doação.

Dessa maneira, a simulação se caracteriza pela ausência de reflexo entre “o negócio que as partes realmente estão praticando e aquele que elas formalizam”.⁹² Em tal

⁹¹ AMARO, Luciano, op. cit., p. 320.

⁹² AMARO, Luciano, op. cit., p. 320.

ponto, o particular se aproveita do admitido em lei, não utilizando da maneira na qual deveria empregar. E, com isso, evita a incidência de impostos.

O abuso de direito, por outro lado, concerne em ação de fim. É o uso de ato previsto em lei, todavia, com intuito diferente do qual se prevê. Ao contrário da simulação, em que a evasão está relacionada ao meio pelo qual a atividade foi executada, o abuso de direito é a diligência com a intenção única de se fugir à norma, ainda que previamente lícito.

Por sua vez, a teoria do abuso de forma se trata do uso atípico ao se realizar um negócio jurídico. Nesse caso, de modo a não utilizar o expresso na legislação, o qual teria carga tributária mais onerosa. Nota-se que, em tal contexto, o que se discute é a normalidade, ou mesmo a tipicidade, da ação escolhida, a qual traz insegurança jurídica para o negócio. No que tange à aplicação da lei, caberá ao julgador entender a licitude do ato.⁹³

O abuso de forma em si não constitui evasão fiscal, podendo ser considerado o ato mera elisão, presente no planejamento tributário daquela pessoa ou organização. Todavia, observa-se a presença de simulação ou fraude à lei na realização dessas atividades. Ou seja, o abuso de forma ilícito é o uso dos modos de evasão citados anteriormente de maneira a tentar esconder a existência do fato gerador.⁹⁴

Diante de tal perspectiva, verifica-se que o problema a ser analisado não se encontra exatamente na atividade do abuso de forma, a qual pode ser apenas mais uma modalidade de elisão fiscal. Mas sim, se a ação ocorreu por meio de fraude, violando, assim, a lei fiscal. Sendo, o último caso, aplicáveis as penalidades previstas na legislação.

2.2.2 A Evasão Fiscal no Cenário da Pejotização

No contexto da pejotização, apesar de haver a dificuldade de identificação dos limites entre práticas de elisão e evasão fiscal, também são utilizadas práticas do abuso de formas de maneira consciente. Sua identificação, no que lhe diz respeito, é analisada no campo do Direito do Trabalho.

⁹³ AMARO, Luciano, op. cit., p. 320-322.

⁹⁴ CREPALDI, Silvio, op. cit. p. 87-88.

Pelo ângulo da evasão fiscal, a pejetização ocorre por meio do abuso de formas quando da simulação de um negócio jurídico de maneira a dissimular a lei fiscal. Sua classificação é esta pois, o contrato de prestação de serviço é negócio jurídico lícito, desde que consensual. Todavia, a relação de emprego, a qual existe em realidade, necessita de todos os encargos e direitos trabalhistas previstos em lei, os quais desaparecem nas relações entre pessoas jurídicas, sendo os encargos tributários, nesse caso, menores.

Não obstante, a pejetização se caracteriza como simulação de um contrato entre pessoas jurídicas, sendo que, em verídico, possui os requisitos de uma relação de emprego. Apesar de não ocorrer a falsificação de um documento, este não condiz com a realidade. Em mesmo sentido:

A fraude ou ilicitude estará caracterizada quando a prestação de serviços for realizada por um profissional inserido em uma típica relação de emprego, mas sofre a tributação como pessoa jurídica, de sorte que a constituição de uma pessoa jurídica por apenas um titular para a prestação de serviços, por si só, não configura uma ofensa à ordem econômica ou social.⁹⁵

De igual modo, a caracterização da relação de emprego, bem como a desconsideração do contrato de prestação de serviços, nos casos de pejetização, independem da vontade da parte hipossuficiente.⁹⁶ Pode, assim, o Estado reivindicar as verbas tributárias que não foram pagas em consequência da fraude ocorrida.

2.2.3 Consequências da Evasão Fiscal no Direito Tributário

O Estado possui o poder de postular em causa própria a fim de requerer os impostos não pagos pela instituição que omitiu o fato gerador ou deixou de quitar os débitos referentes às suas atividades. Ante a esse fato, tal reivindicação pode ocorrer, inclusive, de maneira administrativa, sendo esta a primeira via de demanda.

Havendo o fato gerador, que, na hipótese em análise, consiste na caracterização da relação de emprego, nascerá a obrigação do pagamento de tributos. O processo administrativo contém duas fases: uma de cunho procedimental, que ocorre a preparação do lançamento; e outra de caráter contencioso, responsável pelo controle da legalidade desse ato.⁹⁷

⁹⁵ CARLOS, Amanda Pontes Nunes. **Uma análise sobre os reflexos tributários e previdenciários do fenômeno da pejetização**. Mossoró: Unifersa, 2018, p. 13.

⁹⁶ CARLOS, Amanda Pontes Nunes. op. cit.

⁹⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, op. cit.

Não obstante, a aplicação das decisões tomadas no processo administrativo é facultativa. O contribuinte, inclusive, não pode ser obrigado a concordar com o resultado nele obtido.⁹⁸ Nesse sentido, quando o processo administrativo for inexitoso quanto ao pagamento dos tributos, o Estado recorrerá ao Judiciário para suprir a obrigação anteriormente não prestada.

A ação de execução fiscal, por exemplo, é aquela na qual a obrigação de pagar já possui valor líquido. Isso ocorre quando o imposto já foi constituído e exigido, quando, após o fato gerador, há a ausência de pagamento após o vencimento do encargo.⁹⁹

Quando não cabível a execução fiscal, o Estado valer-se-á da ação cautelar fiscal, a qual tem por objetivo assegurar o cumprimento das obrigações tributárias. No evento da cautelar fiscal, não existe a necessidade de o crédito já estar constituído.¹⁰⁰ Isso se dá porque esta aufere caráter de processo de conhecimento, tendo por fim, caso seja provida a ação, o título executivo para parte postulante que, no caso, é o Estado em suas obrigações.

De mesmo modo, a evasão fiscal, ao contrário da elisão, incorre nas penas previstas em lei. A sonegação de contribuição previdenciária, por exemplo, se encontra no Art. 337-A do Código Penal, como crime praticado por particular contra a Administração em geral. Por fim, destaca-se a existência, inclusive, do Direito Penal Tributário, o qual discorre acerca dos ilícitos tributários em âmbito criminal, com as devidas penas previstas no Código Penal Brasileiro.

2.3 Elisão Abusiva

Há, ainda, o que está compreendido entre a elisão e a evasão fiscal: a elisão abusiva ou “elusão”. Estando essa questão em contexto problemático, é difícil a identificação dos limites entre o lícito e o ilícito.¹⁰¹

A elisão abusiva está diretamente ligada à agressividade tributária empresarial, no qual a elisão é praticada de maneira artificial, sendo que essas podem ser lícitas, ou se caracterizarem como dissimulação à lei fiscal.

⁹⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, op. cit.

⁹⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, op. cit.

¹⁰⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, op. cit.

¹⁰¹ CUNHA, Carlos Renato *et al*, op. cit.

Nesse ponto, observa-se também os prejuízos que podem ser causados ao erário, que é credor das obrigações tributárias. Tendo isso em vista, nem sempre a agressividade tributária será ilícita, contudo, discute-se o quanto essas práticas podem ser nocivas ao Estado e, por consequência, à sociedade.¹⁰²

A elisão abusiva, apesar de não ser essencialmente proibida, pode, em determinado momento, caracterizar-se como abuso de formas, ante o uso de matéria ilícita de modo a “forçar” a redução de impostos em situações que este deveria incidir.¹⁰³ E é, nesse momento, em que se encontra a dúvida entre o que é, ou não, permitido pelo ordenamento jurídico, pois há a dificuldade na diferenciação entre práticas que, apesar de agressivas, não ferem a norma, e aquelas que ultrapassam o limite do lícito e passam a ser criminosas.

No mais, ainda que os estudos a respeito sejam recentes e que persistam entendimentos distintos, o conhecimento acerca da existência da elisão abusiva vem sendo objeto de pesquisas. Desse modo, cada vez mais se encontra aceitação de que há esse “algo” entre a elisão e a evasão fiscal.¹⁰⁴

Ademais, ao que se refere ao abuso de formas, muito embora exista a simulação na qual os contratantes consensualmente entendam que o negócio jurídico contradiz o factual, há, ainda, a indução ao erro, com o qual a parte acorda com os termos acreditando ser legítimo. Advém daí o termo “elusão”, que se refere à palavra “ilusão”.¹⁰⁵

Apesar disso, ainda não há resposta concreta a respeito do limite para se evitar o pagamento de tributos sem que se ultrapasse o limite da licitude, sabendo que é necessário consenso entre os legisladores com o objetivo de que haja este confim.

3. A Linha Tênué Entre Evasão E Elisão Fiscal No Cenário Da Pejotização

O fenômeno da pejotização possui, pelo menos, dois ângulos de visão: o que se trata dos tributos, que deveriam ser pagos, e não são; e aquele que se refere ao desrespeito às normas inerentes ao Direito do Trabalho.

¹⁰² MARTINEZ, Antonio Lopo. RAMALHO, Vinicius Pereira, op. cit.

¹⁰³ CUNHA, Carlos Renato *et al*, op. cit.

¹⁰⁴ CUNHA, Carlos Renato *et al*, op. cit.

¹⁰⁵ CUNHA, Carlos Renato *et al*, op. cit.

Nada obsta que, formalmente, trata-se de relação entre duas pessoas jurídicas, com a presença dos elementos caracterizadores das relações de emprego. Conforme Cassar,¹⁰⁶ os requisitos para a caracterização de relação de emprego estão compreendidos nos artigos 2º e 3º da CLT, sendo eles: pessoalidade, subordinação, onerosidade, natureza não-eventual e “o empregado não corre o risco do empreendimento”.

Apesar de o serviço, no caso da pejetização, ser prestado por meio de pessoa jurídica, a existência dos elementos caracterizadores permanece. Nessas hipóteses, poderá ocorrer a configuração da relação de emprego e a desconsideração do contrato de prestação de serviços.

A pejetização, frente às mudanças ocorridas, passou a ser não apenas tolerada, mas também autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se, neste ponto, a mudança de entendimento e na legislação que disserta acerca da terceirização¹⁰⁷.

Vólia Bonfim Cassar destaca que, após as alterações advindas da Lei n.º 13.429/2017, a Lei n.º 6.019/1974 passou a, além de regulamentar o trabalho temporário, o qual já era seu conteúdo, também a discorrer sobre “a terceirização de serviços em geral”.¹⁰⁸

Diante desse cenário, paulatinamente se torna mais dificultosa a identificação da evasão fiscal no campo da pejetização. Atenta-se para o fato de que, apesar de não ter sido regulamentada, há uma progressão de modo que seja autorizada pela legislação brasileira.

3.1 A Pejetização no Cenário Jurídico Atual

Como visto, a evasão fiscal, possui sua identificação de maneira mais obscura, dado que advém de ações anteriormente lícitas. Ocorre que, nos últimos anos, o entendimento do legislador e, até mesmo, dos Tribunais Superiores vêm se modificando, o que agrava ainda mais esse cenário. Nesse sentido, as modificações nas normas brasileiras, bem como nas decisões das instâncias maiores, fizeram com que os limites entre o legal e o ilegal se tornassem mais turvos.

¹⁰⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 48.

¹⁰⁷ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹⁰⁸ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit. p. 94.

A Reforma Trabalhista rompeu com o Direito do Trabalho anterior à ela. Suprimiu os direitos trabalhistas, flexibilizou as relações de emprego em prol de negociações individuais e coletivas para uma liberdade de escolha sem considerar a desigualdade que existe na relação entre empregador e empregado.¹⁰⁹

No que se refere ao fenômeno da pejetização, o olhar não foi diferente. Observando-se artigo 442-B, o qual foi alvo de duas modificações antes de tomar sua forma atual, verifica-se maior segurança jurídica quanto à afastabilidade do vínculo empregatício em caso de contratação de trabalhador autônomo. Norma que pode ser utilizada para justificar a prática da pejetização.

A título de observação prévia, a Lei do Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, que antes regulamentava, de maneira singular, acerca do trabalho temporário, agora, além de dispor também sobre a terceirização no trabalho temporário, discorre a respeito da terceirização como um todo.¹¹⁰ Quanto às modificações, inclui-se a permissão de terceirização da atividade-fim da empresa, atividade considerada inconstitucional pela doutrina por ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e da busca pelo pleno emprego.¹¹¹

Essas mudanças decorrentes do novo entendimento de livre-mercado vieram para flexibilizar as relações de emprego e suprimir direitos. Modificou o Direito do Trabalho como um todo, bem como a realidade dos trabalhadores, que agora sequer estão amparados pela lei para exigir seus direitos.

3.1.1 Reforma Trabalhista

A Lei n.º 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista evidenciou a mudança de paradigma no cenário jurídico brasileiro. Uma das maiores mudanças foi a colocação do acordo acima do que é positivado na lei, inclusive de direitos antes inegociáveis. Nesta senda, observa-se uma mudança na hierarquia do Direito do Trabalho, o qual tinha caráter imperativo.

¹⁰⁹ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit. p. 12.

¹¹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹¹¹ LEITE, Carlos H. Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Esses fatores modificaram a maneira de operação do Direito do Trabalho, incluindo a discordância entre a novel legislação e os princípios intrínsecos à legislação trabalhista.¹¹² O próprio princípio da legalidade, o qual não é exclusivo do Direito do Trabalho, no caso do Art. 611-A, é ignorado quando se coloca o negociado acima da lei.

Na hipótese em análise, é discutida a inclusão do Art. 442-B, que pode ser interpretada como uma maior segurança jurídica aos praticantes da pejetização. Atenta-se, nesse caso, para a estipulação de que a contratação de autônomo afasta a qualidade de empregado, e isso pode incluir diretrizes dentro do contrato a serem cumpridas pelo trabalhador, como o cumprimento de horário de trabalho, o que vai de encontro à liberdade inerente ao autônomo.

Contudo, o legislador teve o cuidado de utilizar a frase “cumpridas todas as formalidades legais”, não ignorando a possibilidade do artigo ser utilizado para práticas de abuso de formas, como a pejetização. Ainda assim, em conjunto com as mudanças trazidas pela Lei n.º 13.429/2017, traz incerteza quanto ao que o legislador emergiria com suas palavras.

A redação original do artigo 442-B dada pela Lei n.º 13.467/2017 foi alterada duas vezes. A modificação mais marcante foi a dada pela MP 808/2017, a qual teve a sua vigência encerrada em 23 de abril de 2018. Tal Medida Provisória, além de outras disposições ao longo da CLT, acrescentou 7 parágrafos ao Art. 442-B, que discorriam acerca de hipóteses cabíveis da configuração do vínculo de emprego e aquelas aplicáveis ao *caput*. Um exemplo importante, era a proibição de cláusula de exclusividade em contratos de prestação de serviços.

Além disso, a redação atual do artigo é explícita quanto à possibilidade de o trabalho ocorrer de maneira exclusiva. Com a não conversão das mudanças trazidas pela Medida Provisória 808/2017, é possível a existência de cláusula de exclusividade quando da contratação de autônomo, o que pode indicar a existência de subordinação.¹¹³

A norma citada pode instituir, inclusive, mudança no modo de condução do processo do trabalho, pois caso as formalidades do contrato estejam cumpridas, ainda que apenas em aparência, haverá a presunção de afastabilidade do vínculo empregatício.

¹¹² CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹¹³ AZAMBUJA, Ana L. Silva. **O fenômeno da pejetização e a entrada em vigor do artigo 442-B da Lei n. 13.467/17**. Porto Alegre: UFRGS, 2019.

Nesse ponto, o ônus da prova pode recair sobre o trabalhador, que terá que provar a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego.¹¹⁴

Além de não existir na doutrina um consenso acerca da demarcação entre elisão abusiva e evasão fiscal, quando se adentra à temática da pejetização, essa divergência entre os próprios Princípios do Direito do Trabalho e a atual legislação perfaz maior controvérsia ainda quanto ao termo a se utilizar.

3.1.2 Terceirização

A terceirização, também chamada de subcontratação, trata-se de um fenômeno de desconcentração empresarial. A instituição, com a intenção na redução de seus custos, substitui empregados de contratação direta e negocia com outra empresa, a qual, essa, terá equipe de trabalho a disponibilizar.¹¹⁵

Os trabalhadores, que realizarão o mesmo serviço que os anteriores, não terão vínculo empregatício junto à empresa contratante, a tomadora do serviço, mas sim à contratada: a “terceirizada”. Por isso o uso dos termos “terceirização” e “subcontratação”, pois a contratação dos empregados ocorrerá por meio de uma empresa que intermedia a relação.¹¹⁶

Não existe uma lei específica que regule a Terceirização, mas disposições elencadas em diversas normas. Dentre elas destaca-se a Lei n.º 6.019/1974, alterada pela Lei n.º 13.429/2017 e o Decreto n.º 10.854/2021. Esta última, mais recente, dispõe a respeito do que se considera a terceirização, bem como eventual verificação de vínculo empregatício quando observados os requisitos da caracterização de relação de emprego.

Como mencionado, antes de sua alteração, tal lei dispunha sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas e, agora, também acerca da terceirização em geral. Enquanto, no Decreto n.º 10.854/2021, os artigos que discorrem sobre a terceirização são os 39 e 40, na Lei n.º 6.019/1974 dispõe de mais conteúdo nesse âmbito, o qual compõem os artigos 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º-A, 5º-B, 5º-C e 5º-D.

Uma disposição importante, antes vedada pela legislação brasileira, é a autorização para a terceirização da atividade-fim da empresa. Ou seja, caso a empresa

¹¹⁴ AZAMBUJA, Ana L. Silva. op. cit.

¹¹⁵ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

¹¹⁶ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

entenda necessário, ela pode utilizar dos funcionários da empresa terceirizada até mesmo para a execução de suas principais atividades. Para Leite,¹¹⁷ essa anuência é inconstitucional, pois viola os princípios da dignidade da pessoa humana, disposto no Art. 1º, III da Constituição Federal; do valor social do trabalho, artigo 1º, IV; da função socioambiental da empresa, do Art. 7º da Constituição Federal; e da busca do pleno emprego, previsto no Art. 170 da Constituição Federal.

Para que a empresa terceirizada coloque suas atividades em funcionamento, não é necessário registro junto ao Ministério do Trabalho.¹¹⁸ Outrossim, o vínculo empregatício deve ser direto com essa empresa, bem como a subordinação pois, caso existam os requisitos necessários à caracterização de emprego, o vínculo de emprego ainda poderá ser ligado à tomadora de serviços, ainda que mais difícil a comprovação nessa modalidade de contratação.

Por outro lado, ao que toca a contratação de prestador de serviços por meio de pessoa jurídica, existe o caso de contratação de antigo empregado para exercer atividades novamente na empresa. Apesar de haver tempo mínimo para a contratação por meio de pessoa jurídica após a demissão do empregado, existe a possibilidade de essa contratação acontecer. Nesse caso, existe, e é comum, a instituição contratar, por meio de contrato de prestação de serviço, indivíduo que já foi funcionário da empresa, para executar as mesmas atividades de quando estava regido sob as normas trabalhistas.

No mesmo norte, o entendimento dos Tribunais Superiores se modificou, enquadrando-se na senda das remodelações da lei. A principal norma reguladora da terceirização, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, agora se encontra em desuso ante esse novo entendimento. Considerada, pelo acórdão do RE n.º 958.252, inconstitucional, como será visto a seguir.

Cabe ressaltar que, em decorrência dessas mudanças, seja de entendimento ou da legislação em si, a Súmula 331 do TST foi considerada inconstitucional. Em 2018 foi publicado o acórdão do RE n.º 958.252 de Minas Gerais, o qual dispunha acerca do

¹¹⁷ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

¹¹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

impedimento da terceirização da atividade-fim da empresa. Segundo o entendimento do TST,¹¹⁹ essa imposição viola os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual.

Desse modo, a tênue linha entre elisão e evasão fiscal na prática da pejetização se faz presente não apenas no campo da Contabilidade, mas também no Direito do Trabalho. Existe, pois, especial olhar em relação a essa prática após mudanças na legislação vigente e de entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Análise Das Consequências Da Prática Tributária Ilícita Nas Relações De Emprego

No âmbito trabalhista, a pejetização como instrumento de desobrigação de respeito às leis trabalhistas traz consigo a precarização dessas relações, considerando o trabalhador como empreendedor de lucro presumido, abdicando de seus direitos como empregado.

Ao flexibilizar suas relações, há a abnegação de direitos irrenunciáveis, como as contribuições previdenciárias, férias remuneradas, e todas as demais obrigações acessórias incluídas no rol de obrigações a serem cumpridas pelo empregador.

Nesse contexto, o que deveria ser um contrato individual de trabalho, regido pelas normas trabalhistas, passa a ser um contrato de prestação de serviços de modo paritário, sem considerar a hipossuficiência do empregado trazida pelo próprio histórico do Direito do Trabalho.

A motivação do empregador envolve a redução do pagamento dos tributos e, no outro ângulo, temos a renúncia do trabalhador aos seus direitos em prol de seu sustento. Ainda que a prestação de serviços seja por meio de pessoa jurídica, este trabalhador está na posição de hipossuficiente da relação. Isso decorre da divergência entre o que foi contratado e o que ocorre verdadeiramente.

Um dos princípios do Direito do Trabalho é o da primazia da realidade. De acordo com esse princípio, na seara trabalhista, a realidade predomina em face do documental. Sua finalidade é a proteção ao trabalhador, visto que existe a possibilidade

¹¹⁹ TST. Recurso Extraordinário 958252/MG. **Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de ago. de 2018. *Diário da Justiça*: Brasília, 2018.

de o empregado ser coagido a assinar documentos que não deseja ou que não condizem com a verdade.¹²⁰

Ainda que a coação seja estritamente moral, quando a realidade não condiz com o documental, prevalecerá o factual, desde que devidamente provado. Não obstante, além de outras mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista que são contrárias a esse princípio, a autora elenca o termo de quitação de parcela que tenha anuência do sindicato ainda que não ocorra o pagamento, serve como recibo de quitação, o que desampara o trabalhador.¹²¹

4.1 Consequências Judiciais

Mesmo com as brechas existentes na legislação que dificultam sua identificação, bem como que tenha havido flexibilização na norma a ponto de autorizar, em determinados casos, a pejetização continua sendo atividade vedada ante os requisitos caracterizadores da relação de emprego. Diante disso, ainda é possível a desconsideração do negócio jurídico de prestação de serviços em prol da caracterização do vínculo empregatício junto à empresa que a prática.

O Direito do Trabalho é fruto da resistência às condições dos trabalhadores à época da Revolução Industrial, na qual imperava a exploração do trabalho de maneira desumana.¹²² Com isso, houve a necessidade de deixar de lado os ideais liberais predominantes em favor da intervenção nas relações de emprego a fim de assegurar o respeito à vida digna, “impedir a exploração do homem pelo homem de forma vil”.¹²³ Nasciam, posteriormente, os Direitos Humanos, dentre os quais os direitos trabalhistas estão inseridos.

Ainda que existam vozes contrárias à imperatividade do Direito do Trabalho, as quais dizem que esta impede os avanços dentro de seu campo, os direitos trabalhistas possuem atribuições essenciais dentro da sociedade. Dentre os quais: “função tutelar, econômica, política, coordenadora e social”,¹²⁴ sendo essas interdependentes e de colossal importância para a regulação das relações de emprego.

¹²⁰ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹²¹ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹²² CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹²³ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit. p. 24.

¹²⁴ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit. p. 24

Sob o ponto de vista social, os direitos trabalhistas amparam aquele que, em posição de subordinado, possui pouco poder para negociação.¹²⁵ Quando se observa a história mundial, entende-se o quanto foi importante para a sociedade o reconhecimento dos Direitos Humanos e do Direito do Trabalho, de modo que as classes mais baixas conseguissem ter a vida com o mínimo de dignidade, frente a todas as explorações ocorridas.

Contudo, antes de se discorrer sobre as consequências sociais da flexibilização das relações de trabalho sob o ponto de vista da pejetização, faz-se necessário entender os efeitos judiciais da pejetização. Para tanto, deve-se reconhecer os casos que ainda poderão ser considerados como prática ilícita de pejetização. Desse modo, adentra-se ao campo da caracterização das relações de emprego, quais as profissões em que há maior incidência, bem como quando haverá o reconhecimento do vínculo de trabalho junto à empresa praticante de acordo com a jurisprudência aplicada à pejetização.

4.1.1 Caracterização das Relações de Emprego

A relação de emprego é similar à prestação de serviços, pois, o pactuado se trata do meio (o trabalho), não um produto ou resultado.¹²⁶ Para evidenciar a prática de pejetização, portanto, faz-se necessário distinguir a prestação de serviços – a qual se trata de uma relação de trabalho – e a relação de emprego.

Para tanto, discorre-se acerca dos requisitos para a caracterização das relações de emprego, as quais diferenciam, no caso da pejetização, o trabalhador autônomo, prestador de serviços, e o empregado pejetizado o qual poderá ser caracterizado o vínculo empregatício. Os elementos caracterizadores da relação de emprego estão previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo eles: personalidade, subordinação, onerosidade, não-eventualidade e risco do negócio.

A relação de emprego, por meio do contrato de trabalho, para o empregado, é *intuitu personae*, ou seja, é necessário que a pessoa que foi contratada execute o serviço.¹²⁷ O Art. 2º, que define o que é empregador, pontua, inclusive, que o empregador

¹²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹²⁶ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹²⁷ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

“admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.¹²⁸ A CLT, explicitamente, prevê que a relação de emprego é uma prestação de serviços que possui caráter pessoal. É possível a substituição em caso de escolha do empregador ou a sua anuência, o que não afasta a pessoalidade e, portanto, não desconstitui a relação de emprego.¹²⁹

No mais, a pessoalidade está relacionada à prestação por pessoa física, como estabelece o Art. 3º da CLT. Contudo, quando é utilizada a prestação por pessoa jurídica para evitar essa caracterização, considera-se fraude à lei, pois, não apenas à prestação por pessoa física que se refere a pessoalidade. Desse modo, a pessoalidade significa que o trabalho só poderá ser prestado por aquela pessoa, ressalta-se: *intuitu personae*.¹³⁰

Quando se refere à pejetização, a prestação de serviços por pessoa jurídica é desconsiderada, pois, a pessoalidade, ainda que não nos moldes do Art. 3º, permanece. Diante disso, o abuso de formas está presente ao se utilizar do requisito da pessoalidade em tal relação jurídica, de modo a evitar a definição de vínculo empregatício entre as partes.

Como dispõe o Art. 3º da CLT, retomado, o empregado prestará serviços de natureza não eventual. O serviço prestado de maneira esporádica não constitui relação empregatícia. Desse modo, interpreta-se a natureza não-eventual do serviço sob a visão do empregador, sendo preciso observar se o serviço possui natureza acidental ou se existe a necessidade permanente daquela mão de obra. Contudo, no caso da não eventualidade, não é necessário distinguir se o serviço será atividade de meio ou fim para a empresa, apenas se existe demanda contínua para tal.¹³¹

Para a caracterização da relação de emprego, o trabalhador deve receber salário. Ou seja, o trabalho voluntário não caracteriza relação de emprego, portanto, não está sob a égide do Direito do Trabalho. A mora do empregador, entretanto, não qualifica como trabalho voluntário, podendo ser reivindicada quando necessário.¹³² Por conseguinte, o trabalhador empregado, ao vender sua mão de obra, receberá, em troca, remuneração.

¹²⁸ BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do trabalho**, Brasília, DF, out. 2017.

¹²⁹ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹³⁰ AZAMBUJA, Ana L. Silva. op. cit.

¹³¹ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹³² LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

A subordinação é o elemento principal na distinção entre prestador de serviços e empregado celetista. Decorre do termo “sob dependência deste”, do Art. 3º da CLT. O termo subordinação significa que o empregado estará hierarquicamente em campo inferior ao empregador, devendo obedecer às ordens relacionadas ao seu trabalho.¹³³ Quando o trabalhador é autônomo, não existe relação de subordinação, todavia, existe a parasubordinação quando necessário.

Conforme Carlos Henrique Bezerra Leite,¹³⁴ a parasubordinação é resultado das transformações políticas e socioeconômicas do mundo, e no Brasil não é diferente. Volia Bomfim Cassar¹³⁵ defende que a parasubordinação é sinônimo de subordinação, todavia, existe uma sujeição mais frágil. A autora cita o exemplo dos representantes comerciais, entre outros trabalhadores, os quais estão sujeitos à subordinação, mas não nos mesmos moldes do empregado.

Contudo, essa outra faceta da subordinação prevalece quando inerente e essencial na execução do trabalho, como nas profissões de risco ou, no caso dos freelancers, por exemplo, que necessitam realizar o trabalho conforme o cliente, pessoa física ou jurídica, precisa e deseja.¹³⁶ Desse modo, a parasubordinação é aplicada quando estritamente necessária à execução do serviço.

Não é o empregado em si, todavia, que está completamente dependente e deve seguir a todas as ordens sem ter em vista quais são. De mais a mais, preleciona que a relação de dependência decorre, de maneira direta, do desempenho profissional, o qual está sujeito ao poder do empregador dentro de suas atividades.¹³⁷

O poder de direção do empregador é dividido entre poder diretivo, poder disciplinar e poder hierárquico, os quais dizem respeito, respectivamente, a coordenar a empresa, penalizar os empregados na medida da lei, e estabelecer normas e funções na empresa.¹³⁸

Quando o prestador de serviços autônomo se vê, hierarquicamente, subordinado a um empregador, existe a caracterização da pejotização. O trabalhador autônomo, ao se

¹³³ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹³⁴ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

¹³⁵ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹³⁶ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

¹³⁷ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

¹³⁸ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

submeter à disciplina organizacional deixa de ter a liberdade intrínseca à sua conjuntura.¹³⁹ Esta é a precípua da caracterização da relação de emprego dentro da pejetização, pois inexistente a autonomia perante ao trabalhador pejetizado. Quanto a essa questão, ele possui os mesmos riscos de um empreendedor, mas com o ônus da subordinação.

Cabe mencionar que o chamado “risco do negócio” é inerente ao empregador.¹⁴⁰ Este requisito é o que está presente em maior intensidade na relação de emprego. Contudo, existem algumas exceções, os quais, ainda que empregados, poderão ter certos riscos em sua atividade: o contrato intermitente, o teletrabalho e o empregado hipersuficiente.

Existe, ainda, o requisito da intencionalidade, o *animus contrahendi*. A intencionalidade é um requisito adicional, que pode ser utilizado para a interpretação da lei que, em determinados casos, poderá ou não caracterizar a relação de emprego. Ou seja, trata-se de elemento secundário, que será utilizado apenas quando houver dúvida e realmente for necessário para a apreciação do caso. Esse requisito é o “elemento subjetivo do contrato”.¹⁴¹

Pontua Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁴² que, conforme esse elemento, deve haver a intenção mútua de existir uma relação empregatícia. Que o empregador deve ter a intenção de contratar aquela pessoa para prestar seus serviços com os requisitos elencados, bem como que o empregado precisa desejar executar o serviço para o qual foi contratado.

O requisito da intencionalidade está relacionado com outro requisito não essencial: o da alteridade, ou ajenidad. De acordo com Leite,¹⁴³ esse elemento se refere ao resultado do trabalho executado. Para o autor, significa que o resultado do serviço realizado por meio de uma relação de emprego sempre será em favor do outro que não o empregado. Sendo que, nessa relação, o beneficiado é o empregador.

4.1.3 Pejetização nas Profissões

¹³⁹ AZAMBUJA, Ana L. Silva. op. cit.

¹⁴⁰ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit.

¹⁴¹ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit. p. 95.

¹⁴² LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

¹⁴³ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

A pejetização pode ocorrer nas mais variadas profissões. Em buscas em portais da internet, especializados na oferta de vagas de emprego, são frequentes os anúncios de vagas com horário determinado e que, inclusive, pagam horas-extras ao trabalhador, mas que o contrato é mediante pessoa jurídica.

A exemplo da prática rotineira da pejetização, temos a questão dos profissionais de saúde, como médicos e enfermeiros, que utilizam comumente este modelo contratual. Assim como os profissionais presentes em salões de beleza. Cita-se também trabalhadores da área da educação, sobretudo professores.

No caso de professores, um caso conhecido e recente, foi o julgado pelo TRT da 3ª Região, em que um professor lecionou em cursos jurídicos pelo período de, aproximadamente, três anos, em uma instituição de ensino e, apenas cinco dias após a rescisão de seu contrato, passou a prestar os mesmos serviços à instituição, mas sob a circunstância de pessoa jurídica em prestação de serviços.¹⁴⁴

A expansão da pejetização no ensino superior brasileiro é, além disso, objeto de estudos, frente à visão empresária quanto à educação. A Revista Eletrônica de Administração, de Porto Alegre, por exemplo, possui publicação que versa sobre a docência no ensino superior frente ao capitalismo flexível, presente na atualidade, incluindo também a realidade brasileira. Conforme a pesquisa:

Considera-se que na contemporaneidade o trabalho docente de ensino superior em instituições privadas é afetado por uma dupla complexidade: a primeira, refere-se ao alastramento da racionalidade neoliberal, que altera o sentido social da educação e aproxima a docência da noção de prestação de serviços; a segunda, à precarização das relações trabalhistas provocada pela atual crise do capitalismo e por reformas político-econômicas.¹⁴⁵

Vê-se, portanto, que a visão sobre o docente nas IES (Instituições de Nível Superior) se modificou diante do cenário da flexibilização das relações de emprego em

¹⁴⁴ TRT 3ª Região. **Justiça do Trabalho constata pejetização e reconhece a relação de emprego em caso de professor que atuava em cursos jurídicos.** Disponível em: < [¹⁴⁵ GEMELLI, Catia Eli *et al.* Multifformidade e pejetização: \(Re\)configuações do trabalho docente no ensino superior privado sob o capitalismo flexível. **Revista Eletrônica de Administração. Vol. 26 – N.º 2 – p. 409-438.** Porto Alegre: REAd, 2020. p. 5-6.](https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/justica-do-trabalho-constata-pejetizacao-e-reconhece-a-relacao-de-emprego-em-caso-de-professor-que-atuava-em-cursos-juridicos#:~:text=A%20ju%C3%ADza%20Lucilea%20Lage%20Dias,prestou%20servi%C3%A7os%20como%20pessoa%20jur%C3%ADdica.> . Acesso em: 27 jul. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

conjunto das novas perspectivas quanto ao ensino superior privado, o qual, atualmente, possui um ângulo mais mercadológico do que educacional.¹⁴⁶

No que tange aos profissionais de salão de beleza, estes ocupam o topo da lista de atividades com maior número de microempreendedores no Brasil. Dados do Sebrae datados de março de 2019 apresentavam 639.353 em número de MEIs cadastrados como atividade de cabeleireiros, manicure e pedicure.¹⁴⁷

Os profissionais de salão de beleza foram incluídos como empresários diante das autoridades fazendárias no Art. 1º-A, §7º da Lei 12.592, quando da sua modificação pela Lei nº 13.352/2016. Nesse sentido, esses profissionais se tornaram mais suscetíveis à pejetização em benefício dos donos de salões de beleza.¹⁴⁸

Sob outro vértice, quando se analisa a questão da pejetização na área da saúde, os problemas se tornaram de maior relevância social frente ao período de pandemia, uma vez que houve aumento na necessidade de atuação profissional em grande escala. Essa questão evidenciou a precarização do trabalho dos profissionais da saúde ante às jornadas exaustivas, os quais sequer estavam amparados pela legislação trabalhista em caso de contrair o vírus da Covid-19 ao qual estavam expostos.¹⁴⁹

A pejetização se faz mais conhecida e comum nas profissões intelectualizadas, contudo, pode se fazer presente nos mais diversos setores. Como nos exemplos citados, profissões diferentes em diversos aspectos são objeto crescente da pejetização. Apesar disso, sua incidência se faz quando há uma profissão de meio, quando a venda é a mão de obra, o trabalho a ser executado.

4.1.4 Vínculo Trabalhista: Jurisprudência

Como visto, a pejetização ocorre quando se utiliza um contrato de prestação de serviços para esconder uma relação de emprego, a qual possui os requisitos necessários

¹⁴⁶ GEMELLI, Catia Eli *et al.* op. cit.

¹⁴⁷ G1. País já tem 8,1 milhões de microempreendedores formais. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/03/pais-ja-tem-81-milhoes-de-microempreendedores-formais-veja-atividades-em-alta-entre-meis.ghtml>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

¹⁴⁸ SANTOS, Andréa Dantas. Pejetização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscais-tributários (Caso dos Salões de Beleza). *Revista Eletrônica TRT 9º Região vol. 8*, n.º 80. Curitiba: 2019.

¹⁴⁹ DETREZ, Patrícia M. Costa. COELHO, Leandro Alves. A pejetização na área médica: análise, implicações e consequências. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. v.8.n.05. p. 2418- 2431. São Paulo: REASE, 2022.

para tal. Para reconhecer o vínculo empregatício, é necessário recorrer ao princípio da primazia da realidade, o que preleciona que, no Direito do Trabalho, o factual sempre prevalecerá sobre o documental, quando devidamente comprovado. Sendo que, na pejetização, deve-se verificar a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, de modo a afastar a qualidade de prestador de serviços autônomo.

Todavia, parte da jurisprudência, em conformidade com a mudança de paradigma socioeconômico, caminha em sentido contrário aos princípios do Direito do Trabalho. As duas decisões que tomaram maior proporção nos últimos anos, foram o Recurso Extraordinário 958252, o qual também foi alvo o Tema 725 do STF e a ADPF 324, as quais versam sobre a autorização para a terceirização de atividade-fim da empresa.

Diante desse cenário, em pesquisa junto ao portal eletrônico do STF, ao utilizar os termos “pejetização” e “subordinação”, foram encontrados três acórdãos, sendo os seguintes: Rcl 42666 AgR/MG, Rcl 47843 AgR/BA e Rcl 53771 AgR/ES. Todos com decisões similares, ou seja: para reformar a decisão original a fim de se enquadrar ao novo regramento jurídico, citando o RE 958252 e a ADPF 324 como precedentes.

Essas decisões evidenciam a mudança na compreensão acerca das relações de emprego e sua flexibilidade. Isto é, demonstram que hoje são aceitas determinadas modalidades de pejetização, as quais, levando em consideração os termos pesquisados, estão interligadas com a terceirização da atividade-fim da organização.

Por outro lado, quando não aplicáveis às determinações citadas (o RE 958252 do TST e a ADPF 324), ainda é possível a caracterização do vínculo empregatício ante a existência da prática da pejetização. Diante disso, ao ser analisado o caso em conformidade com os princípios do Direito do Trabalho, considerando os direitos trabalhistas como um todo, bem como a respectiva doutrina em conformidade, é possível o reconhecimento do vínculo trabalhista quando detectados os requisitos caracterizadores da relação de emprego.

A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região decidiu, no ano de 2020, dar provimento a recurso ordinário, estabelecendo o reconhecimento do vínculo de emprego entre reclamante e reclamada. No caso em análise, o reclamante trabalhava para a demandada na função de médico, sendo que realizava plantões de 24 horas. Nos autos, restou incontroversa, por meio de prova testemunhal, a personalidade e a natureza não

eventuais do serviço prestado. Por fim, restou provido o recurso, reconhecendo o vínculo empregatício.¹⁵⁰

Decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2022), publicada no dia 05 de maio de 2022, deu provimento ao recurso no qual havia a alegação de fraude durante a contratação. A recorrente-reclamante foi contratada para prestar serviços de correspondente bancária, atividade permitida e prevista em legislação, desde que esteja conforme as regras estipuladas pelo BACEN. A decisão original julgou improcedente a reclamação, não reconhecendo o vínculo de emprego.

A demandante postulou pelo reconhecimento do vínculo empregatício na função de Gerente de Contas junto à instituição financeira pelo período compreendido entre 17/03/2020 e 01/02/2021. O acórdão discorreu acerca da terceirização, inclusive da atividade-fim da organização, tendo citado também o RE RE 958252 do TST e a ADPF 324. Sendo que esta última decisão se tornou o Tema de Repercussão Geral n.º 725, do STF. Ou seja, a decisão levou em consideração a existência da inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST, bem como da licitude da terceirização da atividade-fim da empresa.

Ainda assim, foi analisada a existência dos elementos da personalidade e da subordinação, ante argumentação de que houve fraude quando da contratação por meio de pessoa jurídica. Conforme prova testemunhal, restou comprovado nos autos que a reclamante “estava submetida a orientação e às diretrizes de superiores da segunda Reclamada, o que incluía, aliás, o controle de jornada, da agenda de visitas e das metas cumpridas”.¹⁵¹

Foi confirmado nos autos, também, que havia orientação quanto às “boas práticas” e “dúvidas de serviços” em grupo no aplicativo de mensagens WhatsApp, o que pode caracterizar inclusão nas normas disciplinares na instituição.¹⁵² Sendo essas características inerentes à subordinação, requisito essencial para a caracterização da relação de emprego, principalmente no que tange à pejetização.

¹⁵⁰ TRT 4ª Região. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região TRT-4 - Recurso Ordinário Trabalhista**: ROT XXXXX-20.2017.5.04.0271 - Inteiro Teor. Redator: Clovis Fernando Schuch Santos. Órgão julgador: 2ª Turma Data: 02/07/2020.

¹⁵¹ TRT 3ª Região. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3 – Recurso Ordinário Trabalhista**: ROT XXXXX-55.2021.5.03.0010 MG XXXXX-55.2021.5.03.0010 - Inteiro Teor. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Órgão Julgador: 1ª Turma. Data: 05/05/2022.

¹⁵² TRT 3ª Região. op. cit.

Além disso, a senha de acesso ao sistema da empresa era “pessoal e intransferível”, não podendo o trabalhador ser substituído em suas funções, observando-se o requisito da pessoalidade.¹⁵³

Levando em consideração esses requisitos presentes na relação entre reclamante e reclamada, foi reconhecido o vínculo empregatício. Ainda que a terceirização da atividade-fim da empresa tenha sido regulamentada, a fraude na contratação por meio de pessoa jurídica foi reconhecida, tendo em conta a presença dos requisitos caracterizadores da relação de emprego presentes nos artigos 2º e 3º da CLT.¹⁵⁴

Diante desse cenário, mesmo com as mudanças na legislação e de entendimento, ainda é possível a desconsideração do contrato de prestação de serviços realizado por meio de pessoa jurídica em prol do reconhecimento de vínculo empregatício. Isso se dá porque, apesar de restar mais dificultosa a comprovação dos requisitos intrínsecos à relação de emprego, estes ainda devem ser analisados conforme a legislação vigente.

4.2 A Precarização Das Relações De Emprego E Suas Consequências Sociais

Além da introdução de diversas novas tecnologias, a Revolução Industrial significou uma transformação nos processos de produção e também no modo de vida da população. Concentrou as riquezas nos donos dos meios de produção, de modo que limitasse o trabalho. Sendo assim, fez com que o trabalho se tornasse especializado e repetitivo, não mais o labor realizado pelo trabalhador individual. Desse modo, diminuiu drasticamente a existência do artesão e do pequeno produtor da época.¹⁵⁵

Em menos de cem anos, a Inglaterra deixou de possuir uma população predominantemente rural e passou a abrigar cidades de grandes populações devido o êxodo rural, com a mão de obra servindo à indústria nascente, com jornadas exaustivas sendo impostas a homens, mulheres e crianças, com pouca ou nenhuma segurança em seus trabalhos e salários que não sustentavam sequer sua alimentação, sabendo que mulheres e crianças ganhavam menos que os homens adultos.¹⁵⁶

¹⁵³ TRT 3ª Região. op. cit.

¹⁵⁴ TRT 3ª Região. op. cit.

¹⁵⁵ MARTINS, Carlos Benedito. **O que é sociologia**. 38ª ed. - São Paulo: Brasiliense, 1994.

¹⁵⁶ MARTINS, Carlos Benedito, op. cit.

Com todas essas mudanças na estrutura das cidades, com moradia, serviços sanitários e de saúde que não eram suficientes para as grandes populações agora existentes. Surgia a classe trabalhadora, cada vez mais estava descontente com sua realidade, iniciando diversas formas de protestos.¹⁵⁷

As reações à precária situação foram introduzidas com sabotagens em máquinas, roubos e explosões. Posteriormente, começaram as primeiras reuniões para enfrentar os proprietários das empresas. Foram criados, então, os primeiros sindicatos e associações.¹⁵⁸

Junto às questões históricas e sociológicas, nascia o Direito do Trabalho, resultado de um memorável passado. O Direito Civil se tornou insuficiente para reger as relações que agora se originavam, o que necessitava de uma ordenação “com o intuito de impedir a exploração do homem pelo homem de forma vil”.¹⁵⁹

Ademais, em momento contemporâneo, as relações de trabalho, nas quais as relações de emprego estão contidas, estão passando por diversas modificações ante a existência de um capitalismo flexível, permeado pelo neoliberalismo.¹⁶⁰

Frente a essas mudanças, as empresas procuraram meios para contornar o rigor do Direito do Trabalho e suprir a instabilidade do mercado, o que se modifica de maneira veloz. Com isso, modos de trabalho que antes eram exceção, hoje se tornaram frequentes nessas relações.¹⁶¹ Mesmo que determinadas relações sejam lícitas, existem as instituições que se utilizam dos modos ilícitos para se esquivar de suas obrigações, como na pejetização.

Não obstante à tentativa de evasão fiscal, ou mesmo a concretização dela, a pejetização se caracteriza como fraude em contrato de trabalho, ferindo os princípios do Direito do Trabalho, com especial olhar para o princípio da primazia da realidade, visto que a realidade não reflete as informações documentais.

Subsequente, temos a direta influência na atual precarização das relações de emprego, vendo-se, por exemplo, um escatológico aumento na abertura de empresas no

¹⁵⁷ MARTINS, Carlos Benedito, op. cit.

¹⁵⁸ MARTINS, Carlos Benedito, op. cit.

¹⁵⁹ CASSAR, Vólia Bomfim, op. cit. p. 24.

¹⁶⁰ GEMELLI, Catia Eli *et al.* op. cit.

¹⁶¹ LEITE, Carlos H. Bezerra. op. cit.

modo “Microempreendedor Individual”.¹⁶² Mesmo que existam os trabalhadores dessa modalidade os quais executam seu trabalho, realmente, de maneira individual, sem que haja subordinação a outrem.¹⁶³

Contudo, quando se trata da pejetização, encontram-se os casos em que o é obrigado a prestar o serviço por meio de pessoa jurídica sem que tenha autonomia. Ou mesmo os que são demitidos e, após, recontratados como se fossem trabalhadores autônomos, o que faz com que percam o amparo da legislação trabalhista.¹⁶⁴

Portanto, encontra-se uma deterioração dos direitos trabalhistas a fim de que haja menor encargo para o empregador.¹⁶⁵ Essa situação gera a precarização do trabalho, que não mais estará regido sob direitos conquistados ao longo da história brasileira e mundial. Mas sim, sob a sistemática de trabalho subordinado, com o ônus de não serem observados os limites com os quais um ser humano consegue sobreviver.

5. Conclusões

Viu-se que a pejetização decorre da tentativa de se obter menor encargo tributário na contratação de empregados. Contudo, que seus reflexos afetam diretamente os direitos trabalhistas, os quais foram criados com o fim de preservar uma vida digna ao trabalhador.

Ainda, a mudança de paradigma advinda da sociedade contemporânea e da globalização trouxeram flexibilização das relações de trabalho, as quais incluem as mudanças na legislação brasileira e nos entendimentos dos tribunais, os quais agora aceitam a terceirização da atividade-fim da empresa.

Não obstante, a prática da pejetização ainda é reconhecida como ilícita, havendo a desconsideração do contrato de prestação de serviços em decorrência da existência dos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

¹⁶² G1, op. cit.

¹⁶³ SILVA, Alfredo, R. Leite da. **Os estudos organizacionais e as práticas na precarização do trabalho no enquadramento como MEI**. Vitória: XI SEGOC, 2021.

¹⁶⁴ SILVA, Alfredo, R. Leite da, op. cit.

¹⁶⁵ COSTA, Marcus W. Gesteira da. **O neoliberalismo e a degradação do trabalho no Brasil: o pejetismo como instrumento precarizante do trabalho**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2021.

Todavia, mesmo que as decisões quanto ao reconhecimento da relação de emprego ocorram, a pejetização é recorrente em variadas profissões, fazendo com que o trabalhadores que estejam submetidos a essa situação não tenham acesso aos direitos inerentes à relação de emprego.

Essa conjuntura, inclusive, vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois se ignora a condição do empregado na ausência de poder para dialogar de maneira igualitária para com o empregador. Sendo que, tal situação é intrínseca ao próprio histórico do Direito do Trabalho, ante a necessidade da proteção do trabalhador.

Mesmo que a reforma trabalhista tenha flexibilizado essa questão, ainda não houve a regulamentação da pejetização, ainda que frequentes sejam as decisões de não provimento quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício, ante a maior dificuldade em sua identificação. Por fim, considerando essas questões, bem como a realidade do trabalhador pejetizado, observa-se o quanto é importante que essa progressão seja contida a fim de que não se torne prática recorrente.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23 Ed. São Paulo : Saraiva

Educação, 2019.

AZAMBUJA, Ana L. Silva. **O fenômeno da pejetização e a entrada em vigor do artigo 442-B da Lei n.º 13.467/17**. Porto Alegre: UFRGS, 2019.

BATISTA, Isabel de Oliveira. SILVA, Patrick L. M. Freitas. A Pejetização sob o prisma dos princípios do Direito do Trabalho. **Revista TST vol. 83**, n.º 2. São Paulo: 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 2020.

_____. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**, Brasília,DF, set. 2021.

_____. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do trabalho**, Brasília,DF, out. 2017.

_____. Decreto n.º 10.854 de 10 de novembro de 2021. **Regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas Infralegais e o Prêmio Nacional Trabalhista**, e altera o Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. Brasília, DF, nov. 2021.

_____. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**, Brasília,DF, set. 2022.

_____. Lei n.º 6.019 de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o **Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas**, e dá outras Providências. Brasília, DF, mar. 2017.

_____. Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília, DF, dez. 2007.

CARLOS, Amanda Pontes Nunes. **Uma análise sobre tributários e previdenciários do fenômeno da pejetização**. Mossoró: Unifersa, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

COSTA, Marcus W. Gesteira da. **O neoliberalismo e a degradação do trabalho no Brasil: o pejetismo como instrumento precarizante do trabalho**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2021.

CREPALDI, Silvio. **Planejamento Tributário: teoria e prática**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CUNHA, Carlos Renato *et al.* **A desconsideração da chamada “Pejetização” para fins tributários e o dever de coerência sistêmico**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação da UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2017.

DETREZ, Patrícia M. Costa. COELHO, Leandro Alves. A pejetização na área médica: análise, implicações e consequências. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. v.8.n.05. p. 2418- 2431. São Paulo: REASE, 2022.

G1. **País já tem 8,1 milhões de microempreendedores formais**. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/04/03/pais-ja-tem-81-milhoes-de-microempreendedores-formais-veja-atividades-em-alta-entre-meis.ghtml>>. Acesso em: 27 jul. 2022.

GEMELLI, Catia Eli *et al.* Multiformidade e pejetização: (Re)configurações do trabalho docente no ensino superior privado sob o capitalismo flexível. **Revista Eletrônica de Administração**. Vol. 26 – N.º 2 – p. 409-438. Porto Alegre: REAd, 2020.

GROSSI, Otávio. STÁBILE, Gustavo Henrique. **A prejudicialidade do fenômeno da Pejetização à relação de emprego motivada pelo atual contexto socioeconômico**. Revista UniToledo. Araçatuba: UniToledo, 2021.

LEITE, Carlos H. Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MARTINEZ, Antonio Lopo. RAMALHO, Vinicius Pereira. Agressividade tributária e sustentabilidade empresarial no Brasil. **Revista Catarinense da Ciência Contábil**. Florianópolis: CRCSC, 2017.

MARTINEZ, Manuel Perez. **O contador diante do planejamento tributário** e da lei antielisiva. Brasil: Cosif, 2002. Disponível em < <https://www.cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20040619elisao> >. Acesso em: 10 out. 2022.

MARTINS, Carlos Benedito. **O que é sociologia**. 38ª ed. - São Paulo: Brasiliense, 1994.

RAMOS, Bruno Ferreira *et al.* Planejamento Tributário como ferramenta essencial na redução de custos e obtenção de resultados eficazes. **Diálogos em Contabilidade: teoria e prática** (Online), v. 1, n. 1, edição 1, jan./dez. 2013.

RIBEIRO, Osni Moura. **Contabilidade de custos fácil** – 8.ed. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Andréa Dantas. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscais-tributários (Caso dos Salões de Beleza). **Revista Eletrônica TRT 9º Região vol. 8**, n.º 80. Curitiba: 2019.

SANTOS, Mateus A. Costa dos. **Evasão tributária, probabilidade de detecção e escolhas contábeis**: um estudo à luz da teoria de agência. João Pessoa: UFPB, 2016.

SILVA, Alfredo, R. Leite da. **Os estudos organizacionais e as práticas na precarização do trabalho no enquadramento como MEI**. Vitória: XI SEGOC, 2021.

SOARES, Larissa Ribeiro. BORGES, Sabrina R. Pereira. **Estratégias de elisão fiscal das empresas brasileiras**: uma abordagem setorial a partir da análise dos incentivos fiscais. Uberlândia: UFU, 2019.

STF. ADPF 324. **Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade**. Relator: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça*: Brasília, 2019.

TRT 3ª Região. **Justiça do Trabalho constata pejotização e reconhece a relação de emprego em caso de professor que atuava em cursos jurídicos**. Disponível em: < [TRT 4ª Região. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região TRT-4 - Recurso Ordinário Trabalhista**: ROT XXXXX-20.2017.5.04.0271 - Inteiro Teor. Redator: Clovis Fernando Schuch Santos. Órgão julgador: 2ª Turma Data: 02/07/2020.](https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/justica-do-trabalho-constata-pejotizacao-e-reconhece-a-relacao-de-emprego-em-caso-de-professor-que-atuava-em-cursos-juridicos#:~:text=A%20ju%C3%ADza%20Lucilea%20Lage%20Dias,prestou%20servi%C3%A7os%20como%20pessoa%20jur%C3%ADdica.> . Acesso em: 27 jul. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

TRT 3ª Região. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT-3 – Recurso Ordinário Trabalhista**: ROT XXXXX-55.2021.5.03.0010 MG XXXXX-55.2021.5.03.0010 - Inteiro Teor. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Órgão Julgador: 1ª Turma. Data: 05/05/2022.

TST. Recurso Extraordinário 958252/MG. **Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de ago. de 2018. *Diário da Justiça*: Brasília, 2018.

**CAPITALISMO DE PLATAFORMA E DIREITOS DE
PERSONALIDADE: ESTUDO SOBRE O BEM-ESTAR PREVIDENCIÁRIO DA
PRESENTE E DAS FUTURAS GERAÇÕES**

**PLATFORM CAPITALISM AND PERSONALITY RIGHTS: STUDY ON
THE SOCIAL SECURITY WELL-BEING OF THE PRESENT AND FUTURE
GENERATIONS**

Recebido em: 21/10/2023

Aprovado em: 21/11/2023

Deomar Adriano Gmach*

Dirceu Pereira Siqueira*

RESUMO: O século XXI e as novas tecnologias trouxeram novos desafios para o direito, sendo o problema da regulamentação dos trabalhadores de plataforma um deles. Nesse contexto surge a discussão da natureza empregatícia de tal forma de trabalho e as suas devidas implicações. O presente artigo explora uma dessas implicações com a seguinte indagação: qual o presente e quais as perspectivas futuras da proteção previdenciária desses trabalhadores, no chamado capitalismo de plataforma? O objetivo geral é revisar o atual arcabouço normativo protetor desses indivíduos e explorar como essa nova forma de trabalho pode impactar no futuro da proteção dos mesmos. A hipótese de partida é a de que o atual arcabouço normativo é insuficiente para garantir proteção e dignidade a esses sujeitos sendo essa nova forma de trabalho deletéria para a saúde atuarial do sistema e para a garantia de integridade econômica e bem-estar dos trabalhadores, impactando diretamente na proteção de seus direitos de personalidade. No seu desenvolvimento, a pesquisa se desdobrará em três objetivos específicos: a) contextualizar essa nova forma de trabalho à luz da necessária proteção da dignidade e dos direitos de personalidade; b) revisar o atual arcabouço previdenciário visando identificar de que proteção o mesmos já dispõe, e; c) promover estudo comparativo entre duas pesquisas publicadas em 2023 visando identificar projeções futuras do impacto dessa nova forma de trabalho na saúde atuarial do sistema de proteção previdenciária. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária em artigos científicos, dissertações, teses e livros sobre os temas envolvidos na pesquisa.

* Mestrando em direitos da Personalidade pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR); Bolsista pelo Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera Uniderp (2017) e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2014). Atualmente é professor de Pós graduação lato sensu em diversas instituições de ensino, palestrante pelo Programa de Educação Previdenciária, membro da comissão de Direito Previdenciário da OAB-Mgá e Servidor Público Federal, atuando no Instituto Nacional do Seguro Social em Maringá, na área de suporte ao reconhecimento inicial de direitos.

* Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) em Direito na Universidade Cesumar - UNICESUMAR (desde 2018); Estágio Pós-Doutoral em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra, área de concentração em "Democracia e Direitos Humanos", sob orientação do Prof. Doutor Jónatas Eduardo Machado (2014); Doutor (2013) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru; Especialista (2006) Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP)

PALAVRAS CHAVE: *UBER. Trabalhadores de plataforma. Direitos previdenciários. Direitos da personalidade.*

ABSTRACT: The 21st century and new technologies have brought new challenges to the law, the problem of regulating platform workers being one of them. In this context, the discussion of the employment nature of this form of work and its implications arises. This article explores one of these implications with the following question: what is the present and what are the future prospects for social security protection for these workers, in so-called platform capitalism? The general objective is to review the current regulatory framework protecting these individuals and explore how this new way of working can impact the future of their protection. The starting hypothesis is that the current normative framework is insufficient to guarantee protection and dignity to these subjects, with this new form of work being harmful to the actuarial health of the system and to guaranteeing the economic integrity and well-being of workers, directly impacting in the protection of their personality rights. In its development, the research will unfold into three specific objectives: a) contextualize this new way of working in light of the necessary protection of dignity and personality rights; b) review the current social security framework in order to identify what protection it already has, and; c) promote a comparative study between two studies published in 2023, aiming to identify future projections of the impact of this new way of working on the actuarial health of the social security protection system. To this end, the deductive method was used, through doctrinal research in scientific articles, dissertations, theses and books on the topics involved in the research.

KEYWORDS: *UBER. Platform workers. Social security rights. Personality rights.*

1. Introdução

O chamado capitalismo de plataforma, representado na presente pesquisa pela nova forma de organizar o trabalho humano por meio de aplicativos, com especial destaque para aqueles que se dedica ao transporte de pessoas e a entrega de mercadorias, traz uma infinidade de desafios para o direito e para a sociedade.

Partindo da premissa de que há uma discussão inacabada no poder judiciário sobre a existência ou não do vínculo empregatício entre as empresas donas dos aplicativos e os indivíduos que se utilizam os mesmos para tirar seu sustento, a presente pesquisa buscará estudar os desdobramentos desse fato no âmbito previdenciário com um duplo foco, qual seja: demonstrar como essa discussão no âmbito trabalhista impacta na proteção atual da pessoa e como pode impactar na proteção futura, aja visto a necessidade de se estudar os impactos atuariais do chamado capitalismo de plataforma.

A hipótese de partida é a de que a falta do reconhecimento do vínculo empregatício gera efeitos previdenciários, diminuindo a proteção dessas pessoas. E a atual informalidade deles irá gerar desdobramentos atuariais futuros no RGPS, impactando na saúde do mesmo, gerando problemas econômicos para as pessoas, afetando seu bem-estar e impedindo que os elementos da personalidade desses indivíduos (físicos, morais ou psíquicos) possam ser protegidos pelo Estado.

Para a construção da pesquisa o objetivo geral acima apresentado foi dividido em dois objetivos específicos a seguir melhor delineados. O primeiro objetivo específico é, partindo do pressuposto do não reconhecimento do vínculo, estudar o atual arcabouço previdenciário existente buscando encaixar o trabalhador de plataforma em uma das modalidades de segurados protegidos pelo RGPS com o objetivo de delinear quais os direitos que o sistema de proteção previdenciária oferece a esses trabalhadores.

Já o segundo objetivo específico consistirá na análise comparativa entre duas pesquisas, uma quantitativa e outra qualitativa, realizadas em 2023. A primeira, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, visa analisar os impactos dos planos simplificados de contribuição previdenciária na saúde atuarial do RGPS. Já a segunda, realizada pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP, visou coletar e apresentar dados sobre os trabalhadores de plataforma para o ano de 2023. Desse modo, o objetivo aqui é comparar essas duas pesquisas visando extrair das mesmas possíveis impactos do trabalhador de plataforma, nos atuais moldes de regulação, para a saúde atuarial do RGPS.

A metodologia utilizada na realização da pesquisa se divide em duas abordagens, quais sejam: o método dedutivo e o método comparativo. Na primeira seção foi utilizado o método dedutivo no qual, por meio da revisão bibliográfica de obras doutrinárias, artigos acadêmicos, teses e dissertações buscou-se revisar o tema capitalismo de plataforma, *uberização* do trabalho humano, buscando estudar a superexploração do trabalhador à luz da necessária tutela de seus direitos de personalidade. Na primeira parte da segunda seção também foi utilizado o método dedutivo, revisando a legislação brasileira sobre o tema proposto e alguns artigos acadêmicos, objetivando compreender a atual proteção previdenciária dos trabalhadores por aplicativo. Já na segunda parte da segunda seção se lançou mão do método comparativo para se comparar informações de duas pesquisas distintas visando cruzar dados e traçar perspectivas futuras para a proteção dos trabalhadores de plataforma e para a saúde atuarial do RGPS.

2 Capitalismo De Plataforma E O Fim Da Autonomia Humana Do Trabalhador

Em “o grande desacoplamento”¹⁶⁶, parte final de seu livro “Homo Deus – uma breve história do amanhã”, Yuval Noah Harari busca apresentar reflexões sobre

¹⁶⁶ O capítulo recebe esse nome, pois, para o autor, “Humanos correm o risco de perder seu valor porque a inteligência está se desacoplando da consciência.” O autor sugere que, embora não seja possível se falar

como o desenvolvimento e as descobertas científicas recentes irão implicar nas economias e nas democracias da sociedade moderna. Segundo o autor três desenvolvimentos práticos no século XXI podem tornar obsoleta a ideia de que todo humano é único e valioso e que suas livres escolhas são a fonte definitiva de sua autoridade. Os três desenvolvimentos citados pelo autor são os seguintes:

1. Os humanos perderão sua utilidade econômica e militar e, em decorrência, o sistema econômico e político deixará de lhes atribuir muito valor.
2. O sistema ainda dará valor aos humanos coletivamente, mas não a indivíduos únicos.
3. O sistema ainda dará valor a alguns indivíduos únicos, mas estes constituirão uma nova elite de super-humanos e não a massa da população.¹⁶⁷

Das reflexões que o autor se propõe a fazer nas próximas páginas de seu livro a que mais interessa ao presente estudo encontra suporte em sua primeira afirmação, especificamente sobre a utilidade econômica do indivíduo no século XXI. O autor sustenta que as massas perdem a sua importância econômica no século XXI, levando o leitor a refletir se somente o aspecto moral seria suficiente para garantir os direitos e as liberdades dessas massas nesse ambiente de pouco valor econômico gerado por elas.

Até hoje, uma grande inteligência sempre andou de mãos dadas com uma consciência desenvolvida. Apenas seres conscientes podiam realizar tarefas que exigissem alto grau de inteligência, como jogar xadrez, dirigir automóveis, diagnosticar doenças ou identificar terroristas. Entretanto, estão em desenvolvimento novos tipos de inteligência não conscientes capazes de realizar essas tarefas muito melhor que os humanos. Tais tarefas baseiam-se em padrões de reconhecimento, e algoritmos não conscientes podem rapidamente superar a consciência humana no que diz respeito a esses padrões.¹⁶⁸

Enquanto esse movimento paradigmático da ciência e das tecnologias não chega a sua plenitude, o capitalismo vai se utilizando dos avanços tecnológicos até então alcançados pela humanidade para suplantam a necessidade econômica do indivíduo em prol de um maior acúmulo e concentração de riquezas.

em consciência robótica atualmente, esse momento está chegando no caminhar natural da humanidade. O que indicaria esse desacoplamento da inteligência em relação a consciência. HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus – uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 313.

¹⁶⁷ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus – uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 319.

¹⁶⁸ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus – uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 313.

Byung Chul Han se dedica a estudar esses temas. No capítulo “o poder inteligente” de sua obra “*Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas formas de poder*” o autor explora a transmutação do capitalismo do século passado, baseado na noção de sociedade da disciplina, para o capitalismo do século XXI, baseado na sociedade do desempenho, e qual o papel das inovações tecnológicas nessa transmutação.

O autor começa afirmando que “o poder está precisamente onde não é posto em evidência. Quanto maior é o poder, mais silenciosamente atua. Ele se dá sem ter que apontar ruidosamente para si mesmo.”¹⁶⁹ As técnicas de poder do capitalismo do século XXI baseiam-se na sutileza, flexibilidade e inteligência. Passando assim despercebidas pelas pessoas. O sujeito submisso ao sistema capitalista não se percebe como tal, pelo contrário; acha-se livre! Tal cenário destoa do modelo capitalista do século passado, onde o que imperava era a ordem, a proibição e a submissão. Nesses termos

A atual crise da liberdade consiste em estar diante de uma técnica de poder que não rejeita ou a oprime, mas a explora. A livre escolha é extinta em prol de uma livre seleção entre ofertas disponíveis.

Com aparência liberal e afável que estimula e seduz, o poder inteligente é mais efetivo do que qualquer um que ordene, ameace e prescreva. O curtir é signo: enquanto consumimos e comunicamos, ou melhor, enquanto clicamos curtir nos submetemos ao contexto da dominação. O neoliberalismo é o capitalismo do curtir. Ele se diferencia fundamentalmente do capitalismo do século XIX, que operava com coações e proibições disciplinares.¹⁷⁰

Os trabalhadores de plataforma, ou trabalhadores *uberizados*, encontram-se no limiar das discussões acima descritas. Essa nova forma de condução/exploração da mão de obra assalariada é totalmente nova ao modelo de contrato de trabalho pensado pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; pela sociedade do século passado e representa essa transição da sociedade da disciplina para a sociedade do desempenho. E embora os mecanismos de controle e gestão criados pelos grandes *players* do trabalho por aplicativo ainda não sejam suficientes para esvaziar por completo a necessidade que o capitalismo tem da mão de obra humana, como Yuval Noah Harari prevê que irá acontecer um dia, já são suficientes para que o humano seja menos valorizado; perca o seu valor econômico na sociedade. Motivo pelo qual esse tema tem despertado tanto o interesse dos pesquisadores.

¹⁶⁹ HAN, Byung Chul Han. *Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas formas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: editora Âyine, 2019. p. 25.

¹⁷⁰ HAN, Byung Chul Han. *Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas formas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: editora Âyine, 2019. p. 27.

Ludmila Costhek Abilio, pesquisadora que se dedica ao tema *uberização* no Brasil, afirma que "as plataformas digitais têm sido globalmente reconhecidas como vetores de novas formas de organização do trabalho; estabelecem-se diferentes definições sobre diferentes tipos de relações de trabalho mediados por plataformas e seus impactos econômicos."¹⁷¹

O chamado capitalismo de plataforma¹⁷², que foi potencializado em virtude do momento pandêmico vivido pelo mundo nos últimos anos, evidenciou novas formas e condições de trabalho no século XXI e fez emergir a questão da superexploração do trabalhador como questão pública e como tema acadêmico a ser estudado.¹⁷³

Diogo Valério Félix registra que, em termos de espaço e tempo, a reprodução social do trabalhador pode sofrer profundas alterações. Registra o autor que, sob o fundamento das "leis do mercado" pode estar havendo uma profunda dilapidação desse trabalhador em virtude dessa nova forma de vender a sua força de trabalho no chamado capitalismo de plataforma.

O "trabalho", que é considerado pela gestão empresarial moderna um "serviço" que deve ser adquirido pelo menor preço no mercado, usado da forma mais intensa possível e substituído sempre que não é mais necessário ou rentável por outro melhor, ou seja, que é uma "coisa" como qualquer outra, elemento rentável ou peça, obviamente, tem implicações diferentes para seu vendedor. Este é o caso do/as trabalhadores/as diretamente subordinados ao chamado "capitalismo de plataforma" e, em particular, dos entregadores e motoristas da empresa Uber que alcançaram grande visibilidade pública nos últimos anos no Brasil e em diversos outros países.¹⁷⁴

¹⁷¹ ABILIO, Ludmila Costhek. *Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. Revista Psicoperspectivas individuo y sociedad. Valparaiso, Chile: v. 18, n.3, nov. 2019.* Disponível em: <https://www.psicoperspectivas.cl/index.php/psicoperspectivas/article/view/1674> Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁷² Gil Félix, assevera que "o contexto pandêmico evidenciou condições para que o chamado capitalismo de plataforma emergisse como questão pública e como temática acadêmica em disputa. Ao considerar que tal contexto foi utilizado pelas empresas para reduzir postos de trabalho, intensificar tarefas, diminuir salários e rotacionar força de trabalho – o que se verificou, por exemplo, no aumento dos índices oficiais de desemprego –, houve uma migração dos trabalhadores para algumas atividades comumente consideradas de vínculo temporário, cujas empresas, em geral, adotam recrutamento imediato." FELIX, Gil. *Trabalhadores de plataformas digitais: mundialização, superexploração e luta de classes. Revista Sociedade e Estado. V. 38, nº1, jan./abr. 2023.* Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/H9TXPJxD6BztbGxPkk85vNm/acesso> em: 17 de ago. 2023.

¹⁷³ FÉLIX, Diogo Valério. *Termos da pessoa: crítica da violência constitutiva e a despersonalização na persecução penal.* 363f. Tese (Doutorado – Programa de Pós graduação em Ciências Jurídicas) – Universidade Cesumar – Unicesumar. Maringá-PR. 2022. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/144s1jmEVylEpb37ylod7EgN8Gt1R6gDB/view> Acesso em: 29 jun. 2023.

¹⁷⁴ FÉLIX, Diogo Valério. *Termos da pessoa: crítica da violência constitutiva e a despersonalização na persecução penal.* 363f. Tese (Doutorado – Programa de Pós graduação em Ciências Jurídicas) – Universidade Cesumar – Unicesumar. Maringá-PR. 2022. Disponível em:

O modo como se dá a superexploração do trabalhador no século XXI, por meio das plataformas e aplicativos, tem intrínseca ligação com o avanço das tecnologias sobre o humano com a necessidade neoliberal de o esgotá-lo em prol de um acúmulo de riquezas.

Os efeitos das tecnologias no processo produtivo atingem de maneira deletéria quase que exclusivamente o trabalhador. As atividades desenvolvidas pela UBER, por exemplo, não mudaram significativamente a mecânica do transporte de passageiros. Um passageiro ainda continua embarcando no ponto A, desembarcando no ponto B e pagando para isso. A mudança maior se deu na forma como empresa, o motorista e o passageiro estabelecem suas relações. Nesse novo modelo a plataforma digital, o aplicativo, não é uma empresa; é uma ferramenta utilizada por uma empresa para, primeiramente estabelecer uma conexão entre o contratante e a empresa UBER e em seguida uma comunicação entre a empresa e o motorista. Por fim a empresa, por meio de seu aplicativo, monitora a prestação do serviço e monitora a impressão do tomador do serviço a fim de avaliar a sua satisfação. Na sequência é a empresa, também por meio da plataforma, que fixa o valor do serviço prestado e a parcela que cabe ao motorista, bem como pode decidir a qualquer momento, sem uma justificativa clara e precisa para o motorista, desligar o mesmo de suas atividades.

Conforme afirma Jamie Woodcock¹⁷⁵ as plataformas digitais são panópticos eletrônicos mediante os quais a mensuração e o controle da produção e do trabalho se efetivam, e é nesse aspecto panóptico que se encontra o principal elemento do uso das tecnologias no processo de superexploração do trabalhador. Para se ter a máxima extração da força de trabalho é necessário controlá-la ao extremo. O capital, detentor monopolista do conhecimento tecnológico, exerce por isso esse controle extremo sobre a força de trabalho.

Leonardo Calmon De Siqueira¹⁷⁶ assevera que a forma como as plataformas digitais conduzem e gerenciam a força de trabalho no que ele chamou de taylorismo

<https://drive.google.com/file/d/144s1jmEVylEpb37ylod7EgN8Gt1R6gDB/view> Acesso em: 29 jun. 2023.

¹⁷⁵ WOODCOCK, Jamie. *O panóptico algorítmico da Deliveroo: mensuração, precariedade e a ilusão do controle*. In: ANTUNES, Ricardo. (Ed.). *Uberização, trabalho digital e Indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020.

¹⁷⁶ SIQUEIRA, Leonardo Calmon De. Superexploração do Trabalho: uma interpretação empírica. *Revista Nexos Econômicos*. v. 15, n. 1, jan-jun. 2021. p. 82–108. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revnexeco/article/view/50828/27638> Acesso em: 16 ago. 2023.

digital, facilitam a intensificação do ritmo de trabalho e promovem a efetivação dos mecanismos de superexploração do trabalhador. A empresa, por meio do aplicativo, mensura com extrema precisão todos os passos do trabalhador, antes, durante e após a execução da tarefa. E faz isso sem compartilhar tais informações com o trabalhador de modo que não lhe é permitido fazer uma alta avaliação da sua produtividade ou ganhos.

O ferramental tecnológico permite que os dados sobre cada ação realizada durante o trabalho, e até mesmo fora dele, sejam registrados e analisados para tomada de decisão, com vistas a tanger a pessoa que necessita vender sua força de trabalho para viver para a intensificação do trabalho e/ou a ampliação da jornada, de forma a elevar a produção de valor.¹⁷⁷

É justamente por isso que em Países Europeus, tendo como principal exemplo a Espanha, se estuda o chamado *derecho al acceso por parte de los representantes de los trabajadores a la información de los algoritmos usados por la empresa*. Naquele País, diferente do que ocorre no Brasil, já há o reconhecimento do direito que os representantes dos trabalhadores têm de ter acesso às informações e parâmetros utilizados pelos algoritmos e inteligências artificiais das empresas de tecnologia no ambiente de trabalho por plataforma. Sobre o tema Esperanza Macarena Sierra Benitez registra que:

*Es un reconocimiento que va dirigido a todos los empleadores que utilicen los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para tomar decisiones de forma automatizada que afecten a las personas trabajadoras en materia, por ejemplo, de contrataciones, determinación de horarios, evaluación del rendimiento, etc.*¹⁷⁸

No Brasil, se por um lado o neoliberalismo avança no uso de novas tecnologias e na remodelagem das relações de trabalho, objetivando um maior acúmulo de capital pela despersonalização do homem, por outro lado o direito positivado, a regulamentação de tal cenário, parece não acompanhar esse estado de coisas, visto que até o momento pouco se caminhou no sentido de alguma proteção a esses trabalhadores.

¹⁷⁷ SIQUEIRA, Leonardo Calmon De. Superexploração do Trabalho: uma interpretação empírica. *Revista Nexos Econômicos*. v. 15, n. 1, jan-jun. 2021. p. 82–108. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revnexeco/article/view/50828/27638> Acesso em: 16 ago. 2023.

¹⁷⁸ BENÍTEZ, Esperanza Macarena Sierra. *Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo*. *Revista direito das relações sociais e trabalhistas*. Brasília, DF: v. 9, n.1, jan./jun. 2023. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/issue/view/37/78> Acesso em: 28 ago. 2023.

A Constituição Federal, pautada pela realidade laboral construída em torno da Consolidação das Leis do Trabalho, e com os olhos voltados para a necessidade de se promover dignidade ao homem, estabelece que, a despeito da necessária proteção à livre iniciativa, o valor social do trabalho é um fundamento da República Federativa do Brasil. Ao lado desse preceito, o artigo 7º inciso XXVII do texto Constitucional estabelece que o Estado deve proteger o trabalhador em face da automação que venha atingir o mercado de trabalho.

Quando correntes sopram e o poder judiciário caminha no sentido de negar a existência de vínculo empregatício entre empresa proprietária do aplicativo e trabalhador¹⁷⁹, para além de permitir o avanço da automação sobre o trabalhador, se está a negar o valor social daquele trabalho gerando diversas outras consequências.

O reconhecimento do vínculo empregatício, o reconhecimento de uma proteção robusta ao empregado nos moldes das conquistas normativas do século passado, para além do aspecto trabalhista, gera melhores efeitos na proteção previdenciária que, ao fim e ao cabo, irão desdobrar na garantia de integridade econômica e bem-estar para o empregado. Na próxima seção o objeto de estudo são os desdobramentos previdenciários da fragilidade da vinculação entre empresa dona de aplicativo e trabalhador. Entretanto, por hora, algumas notas são necessárias a respeito da dignidade, integridade econômica e bem-estar dos trabalhadores de plataforma.

A dignidade da pessoa humana foi alçada ao mundo jurídico na segunda metade do século passado como resposta as atrocidades cometidas contra o ser humano no decorrer da Segunda Guerra Mundial. Após aquele momento trágico e após a inclusão da

¹⁷⁹ Embora no Brasil o tema pareça não andar, ao redor do Mundo há diversos Estados onde o vínculo empregatício, ou um conjunto de direitos mais robustos passa a ser reconhecido aos motoristas de aplicativo. “Mesmo em outros países nos quais a informalidade ou a existência de formas de trabalho não reguladas pelo Estado é menor, como é o caso dos países centrais, a Uber e outras plataformas têm empregado estratégias militantes similares. Na Inglaterra, após longo embate no judiciário, reconheceu-se o vínculo de trabalho dos motoristas com a empresa e suas operações foram plenamente regularizadas frente a um mercado de trabalho no qual já, inclusive, se previa o denominado *Zero-hour Contract*, ou seja, a contratação dos trabalhadores sem jornada fixa e com remuneração apenas pelas horas solicitadas pelas empresas. Similarmente, nos EUA, em que também impera liberdade de mercado formal, as disputas judiciais envolvem reconhecimento ou não do vínculo de emprego. Tal questão ainda vem sendo debatido nas diversas jurisdições e estados federados. Na Espanha, recentemente, houve processo semelhante e as plataformas foram obrigadas a reconhecer o vínculo empregatício. Todavia, tiveram suas operações regularizadas na forma de compra e exploração da força de trabalho que adotam por meio dos aplicativos.” FELIX, Gil. Trabalhadores de plataformas digitais: mundialização, superexploração e luta de classes. *Revista Sociedade e Estado*. V. 38, nº1, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/H9TXPJxD6BzbtGxPkk85vNm/> acesso em: 17 de ago. 2023.

dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸⁰, a dignidade da pessoa humana foi sendo aos poucos absorvida pelos ordenamentos Constitucionais modernos. Tanto que, na Constituição Federal de 1988, possui o status de fundamento da República federativa do Brasil.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸¹ assevera que a dignidade da pessoa humana possui dimensão dúplice no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a) permitir a máxima expressão da autonomia da pessoa e, b) permitir com que o Estado e a sociedade tenham elementos constitucionais para buscar promover a proteção dos indivíduos, eventualmente, menos favorecidos. No mesmo sentido Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão¹⁸² registra que a dignidade humana se apresenta como uma obrigação do Estado; uma obrigação de criar um ambiente para que as pessoas tenham direito a uma vida digna. No âmbito previdenciário o ter direito a uma vida digna perpassa pela noção de bem-estar social e econômico em quantidade suficiente para garantir que o sujeito consiga garantir todos os elementos de sua personalidade.

Direitos da personalidade “são os direitos inerentes à própria pessoa, necessários a obtenção de sua personalidade, regulando seus aspectos físicos, mentais e morais, tornando-se, desta forma, um indivíduo único no meio em que vive.”¹⁸³

Carlos Alberto Bittar leciona que:

os direitos da personalidade constituem direitos inatos (...) cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível Constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.¹⁸⁴

¹⁸⁰ O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos já começa por reconhecer que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e estabelece no seu artigo 1º que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU**. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 17 de ago. 2023.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

¹⁸² FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar, Mestrado, Maringá, Centro Universitário de Maringá**, v. 7, n. 1, jan./jun. 2007, p. 57-80. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/516> Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁸³ FÉLIX, Diogo Valério; ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Crítica à teoria clássica dos direitos da personalidade**. 2. ed. Maringá: Vivens, 2015. p. 95.

¹⁸⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 07.

O direito à proteção previdenciária, ao pagamento de um benefício justo e a manutenção do sistema protetivo no tempo, gera garantia de integridade econômica para o cidadão, nos momentos de maior necessidade, bem como o direito ao bem-estar para si e para a sua família. Tudo isso tem ligação com os direitos da personalidade já que, integridade econômica e bem-estar evitam pobreza e precariedade, protegendo assim todos os aspectos, sejam eles morais, físicos ou psíquicos, da personalidade humana.

Na mesma linha Diogo Valério Félix assevera que:

A exigência de uma tutela integral e, incessantemente, mutável, que reconhece que a personalidade não se trata de um direito, mas de um valor fundamental do ordenamento jurídico, implica o reconhecimento de que o estatuto da pessoa se funda em uma dimensão substancialmente axiológica que orienta, de maneira aberta e multidimensional, a proteção da pessoa humana como condição geral e não exaustiva, tal como pretende a hermenêutica envolvendo o inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal do Brasil.¹⁸⁵

Fundada na dignidade da pessoa humana, uma tutela integral de sua personalidade, passa pelas mais diversas ferramentas capazes de garantir proteção à pessoa. No âmbito da proteção previdenciária, as mudanças estruturais nascidas na economia e nas mudanças no mercado de trabalho demandam reflexões acerca das políticas públicas buscando evidenciar e antecipar eventuais efeitos deletérios para a proteção do bem-estar e da segurança econômica das pessoas.

O trabalho por plataforma surgido e potencializado nos primeiros anos do século XXI tem esse condão de demandar essa reflexão pela comunidade acadêmica no campo do direito, visto que toca não somente o direito do trabalho, mais uma infinidade de outras áreas do saber jurídico (com destaque dado logo mais para o direito previdenciário) demandando uma reflexão aprofundada para buscar a concretude do artigo 1, inciso III do Texto Constitucional¹⁸⁶. Nesse sentido, na próxima seção, o objetivo é verificar como

¹⁸⁵ FÉLIX, Diogo Valério. *Termos da pessoa: crítica da violência constitutiva e a despersonalização na persecução penal*. 363f. Tese (Doutorado – Programa de Pós graduação em Ciências Jurídicas) – Universidade Cesumar – Unicesumar. Maringá-PR. 2022. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/144s1jmEVylEpb37ylod7EgN8Gt1R6gDB/view> Acesso em: 29 jun. 2023.

¹⁸⁶ No mesmo sentido: “*es un desafío complejo, ya que atañe tanto la ley del trabajo como otros ámbitos jurídicos relevantes para garantizar el trabajo decente. Estos desafíos incluyen aplicar a los trabajadores de las plataformas los derechos laborales universales conquistados con tanto esfuerzo, como la protección social y la negociación colectiva, así como garantizar una competencia leal, el uso correcto de los datos, la mejora de la protección de los datos y la rendición de cuentas de los algoritmos, y la reforma de los sistemas fiscales.*” ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perspectivas*

as discussões a respeito da falta de proteção do trabalhador de plataforma se desdobram na proteção previdenciária atual e futura desses indivíduos.

3. Presente E Futuro Da Proteção Previdenciária Dos Trabalhadores De Plataforma

A presente seção pretende estudar o contexto da proteção previdenciária dos trabalhadores de plataforma, bem como fazer uma reflexão sobre o futuro da proteção desses indivíduos. Desse modo haverá uma subdivisão formal do tema em duas partes.

Na primeira subdivisão o objetivo será, a despeito da discussão no âmbito trabalhista sobre o reconhecimento ou não do vínculo empregatício, estudar quais proteções previdenciárias o Estado garante atualmente para esses indivíduos.

Já na segunda subdivisão o objetivo será promover um estudo comparativo entre duas pesquisas estatísticas. Uma primeira que visou traçar o perfil dos trabalhadores de plataforma em 2023 e uma segunda que visou demonstrar os efeitos deletérios que o atual sistema contributivo dos trabalhadores autônomos gera para a saúde atuarial do sistema de proteção previdenciária.

3.1 O Presente Arcabouço Protetivo Atual

Há uma regra já sedimentada em direito previdenciário sobre a filiação daqueles que exercem atividade laborativa: todo aquele que exerce uma atividade laborativa de filiação obrigatória com o RGPS e não se enquadra em nenhuma modalidade de segurado, obrigatoriamente será enquadrado como Contribuinte Individual. Nesses termos caminha a doutrina desde muito tempo:

O contribuinte individual é uma espécie de segurado bastante genérica, ampla, comportando trabalhadores muito distintos entre si, mas com algo em comum: nenhum deles enquadra-se nas situações anteriores.

[...]

Embora a conceituação negativa não seja recomendável, não há como dela escapar, quando da análise deste segurado. Assim, todo trabalhador excluído das demais categorias de segurado obrigatório será contribuinte individual.¹⁸⁷

Sociales y del Empleo en el Mundo - el papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_823119.pdf Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁸⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16 ed. rev., ampl., e atual. Niterói, RJ: Impetus. 2011. p. 199.

Um primeiro ponto a se fixar então é que, na falta do reconhecimento do vínculo laboral entre empresas de tecnologias e trabalhadores, faz com que esses sejam considerados Contribuintes Individuais para fins previdenciários. Dentro da lógica do Contribuinte Individual há, guardadas as peculiaridades e situações muito específicas, pelo menos quatro possibilidades de regime tributário; de regime de contribuição previdenciária aplicada a esses indivíduos. Como as regras tributárias irão impactar no nível de proteção dos mesmos e no nível de colaboração dos mesmos para a saúde atuarial do RGPS é importante conhecê-las.

Para o Contribuinte Individual autônomo classificado no artigo 11, inciso V, alínea "h" da Lei nº 8.213/1991¹⁸⁸ a lei de custeio, nos termos do artigo 21 da Lei nº 8.212/1991, define que ele mesmo fica responsável pelo recolhimento das suas contribuições, nos seguintes termos: a alíquota de contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo será de vinte por cento sobre o respectivo salário-de-contribuição.

Ao lado desse Contribuinte Individual há também aquele mencionado no artigo 11, inciso V, alínea "g" da Lei nº 8.213/1991¹⁸⁹; há o chamado prestador de serviços. Esse indivíduo, por prestar serviços para Pessoas Jurídicas, recebe um tratamento tributário diferenciado. O responsável tributário pela arrecadação do tributo no seu caso é o tomador do serviço. Nos termos do artigo 4º da Lei 10.666/2003:

Art. 4º Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da competência, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia.

Apesar das peculiaridades envolvendo alguns tipos de tomadores Pessoas Jurídicas e a efetiva alíquota cobrada do prestador de serviços, com exceção da responsabilidade tributária pelo recolhimento, nada muda para o Contribuinte Individual nesse cenário.

Voltando para o primeiro Contribuinte Individual, o Contribuinte Individual autônomo, a partir de 2006 o Estado Brasileiro começa a criar programas de inclusão previdenciária buscando dar proteção a esses sujeitos e os tirar minimamente da

¹⁸⁸ É segurado do RGPS na condição de Contribuinte Individual a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não.

¹⁸⁹ É segurado do RGPS na condição de Contribuinte Individual quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego.

informalidade. Sem embargos ao esforço histórico que o desenvolvimento do tema demandaria, atualmente, existem dois planos de inclusão previdenciária para o Contribuinte Individual do artigo 11, inciso V, alínea “g” da Lei nº 8.213/1991. Nos termos do artigo 21, § 2º da Lei nº 8.212/1991:

Artigo 21

[...]

§ 2º No caso de opção pela exclusão do direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a alíquota de contribuição incidente sobre o limite mínimo mensal do salário de contribuição será de:

I - 11% (onze por cento), no caso do segurado contribuinte individual, ressalvado o disposto no inciso II, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado e do segurado facultativo, observado o disposto na alínea *b* do inciso II deste parágrafo;

II - 5% (cinco por cento):

a) no caso do microempreendedor individual, de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

Desse modo, do ponto de vista do regime tributário, existe o seguinte cenário: a) Contribuinte Individual que recolhe por conta própria com uma alíquota de 20% sobre o seu salário de contribuição, que pode variar entre um salário mínimo e o teto do RGPS; b) Contribuinte Individual que recolhe por conta própria com uma alíquota de 11% sempre sobre um Salário mínimo; c) Contribuinte Individual que recolhe por conta própria com uma alíquota de contribuição de 5% sempre sobre um Salário mínimo, e; d) Contribuinte Individual cujo tomador do serviço é obrigado a reter parte da contraprestação do trabalho (em regra 20% do valor pago) e recolher para o RGPS.

Um último ponto precisa ser abordado antes da pesquisa se debruçar sobre o foco principal da presente seção que é estudar a condição previdenciária dos trabalhadores de plataforma. No caso do Contribuinte Individual que presta serviços para pessoas jurídicas, o artigo 22, inciso III da Lei nº 8.212/1991 estabelece que:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

Dos quatro cenários tributários apresentados acima, em somente uma hipótese há a participação de uma terceira pessoa na arrecadação previdenciária. No caso do Contribuinte Individual prestador de serviços, para além da contribuição incidente sobre a sua remuneração, há também a contribuição por parte da pessoa jurídica. Nos outros

três cenários de Contribuinte Individuais autônomos somente eles são responsáveis por fazer repasse aos cofres públicos para tentar custear os benefícios do RGPS.

Dito isso volta-se os olhos para a condição previdenciária dos trabalhadores de plataforma. Registra-se que a pesquisa legislativa desenvolvida no presente artigo conseguiu identificar regulamentação específica para os motoristas de aplicativo. O que, acredita-se, pela similaridade das atividades, pode ser ampliada para os outros trabalhadores de plataforma.

Em 2018 a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, buscando alterar legislação de 2012 que regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros, apresenta o seguinte:

Art. 3º A Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 11-A e 11-B:

Art. 11-A. [...]

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço:

[...]

III - exigência de inscrição do motorista como **contribuinte individual** do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), **nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** (grifo nosso)

Constata que, ao legislar sobre a matéria, na contramão de uma defesa pela existência do vínculo laboral, o Poder Legislativo optou por fixar o motorista de aplicativo como Contribuinte Individual autônomo do RGPS. Outro ponto problemático da referida opção Legislativa constitui no fato de nem ao menos ter sido reconhecida que há prestação de trabalho para Pessoa Jurídica e que, portanto, o responsável pela arrecadação deveria ser as empresas donas dos aplicativos. Ao invés de reconhecer o motorista de aplicativo como enquadrado na alínea “h” do inciso V do artigo 11 da Lei nº 8.213/1991 deveria ter sido reconhecido o enquadramento na alínea “g” do referido dispositivo. Nesse sentido GMACH em texto sobre o tema, faz o seguinte apontamento:

optar pelo enquadramento do motorista de aplicativo como prestador de serviços, além de aumentar a arrecadação do Estado com os tributos devidos pela pessoa jurídica, traria uma maior certeza de proteção previdenciária aos trabalhadores. Visto que enquadrar os mesmos como trabalhadores autônomos, os obrigando a recolher por conta própria a sua contribuição previdenciária,

não garante que os mesmos de fato optem por verter mensalmente as contribuições.¹⁹⁰

Em continuidade, em 2019, regulamentando a matéria trazida pela Lei nº 13.640/2018, o Poder Executivo publicou o Decreto nº 9.792/2019 que, em seu artigo 2º, § único passa a permitir que o motorista de aplicativo se filie ao RGPS na condição de contribuinte individual autônomo Microempreendedor Individual. (BRASIL, 2019) Aqui o Poder Executivo extrapola a atribuição de regulamentar a Lei e fornece benesse tributária não permitida inicialmente em Lei. Em outros termos: o Estado, o Poder Executivo, não deveria ter permitido que o motorista de aplicativo migrasse do plano tradicional de recolhimento (com uma alíquota de 20% sobre o salário de contribuição) para um plano simplificado (com uma alíquota de 5% sobre o salário-mínimo) ao preço de renunciar a uma arrecadação tributária que a Lei não permitiu.¹⁹¹

Do ponto de vista tributário e da proteção atuarial do RGPS, e mesmo do próprio contribuinte, é possível perceber algumas falhas na atual regulamentação da matéria. A primeira delas consiste em permitir a filiação dele como MEI. Como se verá na próxima seção, o nível econômico dos profissionais que atuam nas plataformas não justifica a concessão de tal benesse. Além disso, ela partiu do Poder Executivo em Decreto que extrapola o poder regulamentar do mesmo por dizer mais do que a Lei. Registra-se ainda que a atual configuração contributiva afasta qualquer responsabilidade tributária das empresas donas de aplicativo, o que causa uma dupla agressão: agride os cofres do RGPS, vez que eles não contarão com uma eventual colaboração tributária dessas empresas. E agride o contribuinte, por lhe deixar sozinho na missão de se organizar tributariamente e verter por conta as suas contribuições.

¹⁹⁰ GMACH, Deomar Adriano. *A regulamentação da contribuição previdenciária do motorista de aplicativo*. Disponível em: <https://www.alteridade.com.br/a-regulamentacao-da-contribuicao-previdenciaria-do-motorista-de-aplicativo/> Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁹¹ Sobre a possibilidade de o motorista de aplicativo participar dos planos simplificados, Deomar Adriano Gmach faz os seguintes apontamentos: Para poder receber a benesse do artigo 21, parágrafo 2º inciso I da Lei de custeio (poder contribuir com uma alíquota de 11% sobre o salário de contribuição) o motorista de aplicativo teria de demonstrar que não possui nenhum tipo de relação de emprego com empresa ou equiparado. O que é extremamente questionável, tendo em vista a participação das empresas que fazem a intermediação do serviço via aplicativo de celular. [...] É ilegal o Decreto regulamentador, pois vai além do que determina a Lei e contraria a vontade do Poder Legislativo, concedendo benesse (a de poder contribuir com uma alíquota de 5% sobre o salário-mínimo, na condição de MEI) não prevista na Lei. GMACH, Deomar Adriano. *A regulamentação da contribuição previdenciária do motorista de aplicativo*. Disponível em: <https://www.alteridade.com.br/a-regulamentacao-da-contribuicao-previdenciaria-do-motorista-de-aplicativo/> Acesso em: 28 ago. 2023.

Do ponto de vista dos benefícios que podem ser acessíveis a esses trabalhadores, ao optarem por uma alíquota contributiva diferenciada, nos termos do artigo 21, §2º da Lei nº 8.212/1991, eles precisam abrir mão do recebimento da aposentadoria por tempo de contribuição. Ou seja: só podem se aposentar por idade ou por incapacidade permanente. Todavia, quanto aos demais benefícios, não há nenhuma limitação. Um último ponto, a título de registro, é que, também por optarem por essa alíquota mínima, o cálculo do valor do seu benefício irá, geralmente, sempre resultar na concessão de um benefício no valor mínimo; no valor de um salário-mínimo.

Feitas essas considerações sobre o cenário atual da proteção previdenciária desses trabalhadores de aplicativo, parte-se agora para uma análise futura de sua proteção, pautada na análise do impacto contributivo que eles trazem aos cofres do RGPS.

3.2 O Futuro: Impactos Atuariais no Sistema de Proteção Previdenciária

Fora as questões limitantes já apresentadas, outra questão salta aos olhos quando se pensa na proteção previdenciária dos trabalhadores de plataforma, qual seja: a questão do impacto financeiro que esses trabalhadores trarão ao RGPS e para a saúde do sistema.

Sabe se, como já apresentado acima, que eventual busca por proteção previdenciária dessa categoria de trabalhadores se dará por meio das formas mais acessíveis de filiação previdenciária, em especial por meio da formalização da atividade como Micro Empreendedor Individual – MEI, optando pela menor alíquota contributiva disponível no atual sistema previdenciário (5% sobre um salário mínimo) ou, eventualmente, por meio do Plano Simplificado de Previdência Social – PSPS, optando aqui por uma alíquota contributiva sempre fixada em 11% de um salário mínimo.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em especial o seu pesquisador Rogério Nagamine Costanzi, vêm há algum tempo se ocupando de temas relacionados ao MEI e ao PSPS e aos impactos de tais modalidades contributivas para a saúde do sistema contributivo. Em 2023, o IPEA publicou a pesquisa intitulada “A evolução do MicroEmpreendedor Individual (MEI) e os impactos no financiamento da Previdência Social e no Mercado Formal de Trabalho” evidenciando ainda mais essas preocupações.

Também em 2023, o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP publicou pesquisa inédita denominada “Mobilidade urbana e logística de entregas: um panorama sobre o trabalho de motoristas e entregadores com aplicativo.” A pesquisa revelou que Brasil tem cerca de 1,6 milhão de pessoas trabalhando como entregadores ou motoristas de aplicativos. O estudo focou sua análise em informações prestadas pelas empresas *IFood*, *Uber*, *Nine Nine*, *Zé Delivery* e em entrevista com mais de 03 mil trabalhadores dessas plataformas.¹⁹²

O objetivo da presente subseção é correlacionar as informações coletadas nessas duas pesquisas para tentar evidenciar os impactos do não reconhecimento do vínculo empregatício entre as empresas de tecnologia e os trabalhadores de plataforma para o financiamento da Previdência Social; para a saúde atuarial do RGPS.

A figura do MEI foi criada no final de 2008, por meio da Lei Complementar nº 128/2008, como uma política pública que buscava cumprir diversas finalidades, dentre elas: inclusão previdenciária dos trabalhadores por conta própria, redução da informalidade e fortalecimento do micro empreendedorismo. Rogério Nagamine Costanzi e Mario Magalhaes asseveram que:

Mesmo reconhecendo como legítimas e bem-intencionadas as finalidades que justificaram a criação desta importante política, na prática, contudo, a referida ação acabou mostrando problemas que exigem repensar ou reestruturar o referido programa, especialmente no que diz respeito ao seu componente previdenciário.¹⁹³

Isso porque o artigo 201, §12º da Constituição Federal estabelece que deve haver a instituição de um sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas diferenciadas, para atender aos trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda.

¹⁹² CALLIL, Victor *et al.* *Mobilidade urbana e logística de entregas: um panorama sobre o trabalho de motoristas e entregadores com aplicativos*. CEBRAP: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. Disponível em: <https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2023/05/Amobitec12mai2023.pdf> Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁹³ COSTANZI, Rogério Nagamine; MAGALHÃES, Mário. *A evolução do MicroEmpreendedor Individual (MEI) e os impactos no financiamento da Previdência Social e no Mercado Formal de Trabalho*. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif510-15-24.pdf> Acesso em: 28 ago. 2023.

Em pesquisa realizada em 2018, Rogério Nagamine Costanzi já evidenciava, a partir do suplemento da PNAD/IBGE de 2014, que a maior parte dos inscritos como MEI, com ao menos um recolhimento ao RGPS por ano, estavam entre os 30% ou 50% mais ricos da população. “Cerca de dois em cada três MEI’s inscritos, em setembro de 2014, estavam entre os 30% mais ricos da população considerando a renda familiar mensal per capita, e oito em cada 10 estavam entre os 50% mais ricos.”¹⁹⁴

Quanto ao componente previdenciário do MEI, a focalização do objetivo Constitucional da figura – não só dela, mas também do PSPS – o atendimento e a inclusão das pessoas de baixa renda no sistema previdenciário, mostra-se equivocada. Corroborando tal situação para o MEI o fato de que limite de faturamento anual para uma microempresa poder se cadastrar no programa em 2023 ser de R\$ 81.000,00 por ano. A média de faturamento mensal desse microempresário individual seria de R\$ 6.750,00, o que afasta o mesmo da condição de trabalhador de baixa renda dentro da realidade brasileira, deturpando a vontade Constitucional.

Já a pesquisa da CEBRAP quanto aos trabalhadores de plataforma indica que a média salarial mensal fica entre R\$ 2.925,00 a R\$ 4.756,00 para os motoristas de aplicativo e entre R\$ 1.980,00 a R\$ 3.039,00 para os entregadores de aplicativo.¹⁹⁵

Demonstrando também que, quanto a esse público, não é possível afirmar que haja a possibilidade, no contexto econômico do Brasil, de se falar em trabalhadores de baixa renda.

Os dados da pesquisa do IPEA de 2023 quanto ao papel do MEI para a saúde atuarial do RGPS são alarmantes. Em 2023, o MEI corresponde a mais de 10% do número total de contribuintes do sistema, mas representa cerca de 1% da arrecadação. Com os dados de 2021 foi possível evidenciar que o RGPS possui cerca de 69.310.777 milhões de contribuintes dos quais 7.313.272 são MEI’s.¹⁹⁶

¹⁹⁴ COSTANZI, Rogério Nagamine. *Os desequilíbrios Financeiros do Microempreendedor Individual (MEI)*. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8327/1/cc_38_nt_desequilibrio_financeiro_MEI.pdf Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁹⁵ CALLIL, Victor *et al.* *Mobilidade urbana e logística de entregas: um panorama sobre o trabalho de motoristas e entregadores com aplicativos*. CEBRAP: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. Disponível em: <https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2023/05/Amobitec12mai2023.pdf> Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁹⁶ COSTANZI, Rogério Nagamine. *Os desequilíbrios Financeiros do Microempreendedor Individual (MEI)*. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em:

Em 2021, por exemplo, a receita decorrente do MEI representou apenas 0,98% da receita do RGPS, embora tenha representado 10,6% e 9,3% dos contribuintes com pelo menos uma contribuição no ano de número médio mensal de contribuintes, respectivamente.¹⁹⁷

A pesquisa indica uma ampliação do desequilíbrio atuarial do RGPS para os próximos anos, considerando o total de contribuintes e de contribuições. “A estimativa de déficit acumulado para os períodos futuros de 20, 30, 40 e 75 anos é da ordem de R\$ 186,8 bilhões, R\$ 437,0 bilhões, R\$ 728,8 bilhões e R\$ 1,07 trilhão, respectivamente. Desses totais, estima-se que o resultado atuarial para os MEI’s totalizará um déficit de R\$ 435,7 bilhões.”¹⁹⁸

O problema do MEI para a saúde atuarial do sistema é facilmente perceptível quando se observa a forma de contribuição dos outros segurados do RGPS. Fora desse sistema de inclusão previdenciária iniciado em 2006 com a Lei Complementar nº 123 e aprofundado posteriormente por meio da Lei Complementar nº 128/2008 e Lei nº 11.470/2011, a alíquota mínima de contribuição do trabalhador autônomo para o RGPS é de ao menos 20% de um salário-mínimo, considerando o salário-mínimo como a menor base de cálculo possível, nos termos do artigo 29 da Emenda Constitucional nº 103/2019. Para o trabalhador formal (empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso) a alíquota de contribuição obedece à escala de contribuição do artigo 28 da Emenda Constitucional nº 103/2019 variando entre 7,5% (incidente sobre o salário-mínimo) a 14% (incidente sobre a faixa que vai de R\$ 3.001,00 ao teto do RGPS). No caso desses trabalhadores formais ainda há a incidência de contribuição previdenciária aplicada ao empregador. Tais regras encontram sua regulamentação básica na Lei nº 8.212/1991.

Importante registrar ainda que para os Contribuintes Individuais autônomos, incluso nessa categoria o MEI, não há como se falar em contribuição da parte patronal; do empregador. Um exemplo deixara claro como os benefícios programados para essa categoria acabam sendo subsidiados pelo restante dos contribuintes. Tendo como

https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8327/1/cc_38_nt_desequilibrio_financeiro_MEI.pdf
Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁹⁷ COSTANZI, Rogério Nagamine; MAGALHÃES, Mário. *A evolução do MicroEmpreendedor Individual (MEI) e os impactos no financiamento da Previdência Social e no Mercado Formal de Trabalho*. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif510-15-24.pdf> Acesso em: 28 ago. 2023.

¹⁹⁸ COSTANZI, Rogério Nagamine; MAGALHÃES, Mário. *A evolução do MicroEmpreendedor Individual (MEI) e os impactos no financiamento da Previdência Social e no Mercado Formal de Trabalho*. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif510-15-24.pdf> Acesso em: 28 ago. 2023.

parâmetros as regras e valores vigentes em 2023 e levando-se em conta que uma mulher precisa ter ao menos 180 meses de contribuição para se aposentar aos 62 anos, chega-se ao montante contributivo arrecadado como MEI de R\$ 11.880,00.¹⁹⁹ Levando em conta o valor mínimo de benefício pago ao cidadão em 2023, o MEI não chega a custear 01 ano da sua aposentadoria (R\$1.320,00 x 12 meses), ficando o pagamento do benefício pelo resto de sua vida sendo custeado pelo RGPS.

Outro aspecto relevante da pesquisa IPEA, e que tem total ligação com o fenômeno do trabalho por plataforma e a falta de proteção trabalhista e previdenciária desses indivíduos, é a migração de pessoas (por vontade própria ou de maneira forçada) de um regime tributário e trabalhista mais vantajoso para um regime menos vantajoso. A pesquisa trata do tema nos seguintes termos:

[...] parte relevante dos inscritos do MEI não decorre da formalização, mas da migração de segurados que já eram formalizados por meio de planos mais equilibrados atuarialmente ou com alíquotas maiores do MEI. Tudo indica que esse processo de migração vem afetando negativamente, e em proporção não desprezível, o equilíbrio financeiro do RGPS, considerando que a alíquota do MEI é extremamente subsidiada do ponto de vista atuarial, com suas despesas superando em muito suas receitas.²⁰⁰

Trata-se de uma “pejotização forçada” onde os empregadores muitas vezes demitem o empregado e logo depois o recontratam como parceiro comercial, desde que esse formalize a sua inscrição como MEI e aceite as novas premissas do agora tomador de serviços ou parceiro empresarial. Esse cenário de coisas passa a ser ainda mais afetado com o surgimento do capitalismo de plataforma.

No caso dos trabalhadores de plataforma a situação, “na aparência”, é ainda um pouco pior, pois desde o início desse fenômeno parece nunca ter havido por parte dos players desse mercado nenhum interesse em criar ferramentas de proteção social para os trabalhadores, relegando tal função ao Poder legislativo ou Judiciário. Ao Legislativo, por meio de norma que permita a tais trabalhadores, em especial aos motoristas de aplicativo, a filiação ao RGPS como MEI; e ao Judiciário pela construção de jurisprudência que, eventualmente, garanta a proteção pretendida.

¹⁹⁹ R\$66,00 x 180 meses. A conta refere-se ao valor mensal devido pelo MEI em 2023 multiplicado pelo número mínimo de contribuições necessárias para se pleitear uma aposentadoria.

²⁰⁰ COSTANZI, Rogério Nagamine. *Os desequilíbrios Financeiros do Microempreendedor Individual (MEI)*. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8327/1/cc_38_nt_desequilibrio_financeiro_MEI.pdf Acesso em: 28 ago. 2023.

A menção ao termo “na aparência” no parágrafo anterior se fez necessária, visto que quando observado a realidade desses profissionais, dos trabalhadores de plataforma, na prática algumas ponderações precisam ser feitas.

Segundo dados da pesquisa CEBRAP 31% dos entregadores de plataforma e 45% dos motoristas de plataforma continuam desempenhando as suas atividades no mercado formal em conjunto com a nova atividade. Somente 26% dos entregadores de plataforma e 22% dos motoristas de plataforma abandonaram ocupações no mercado formal para se dedicar exclusivamente ao trabalho em plataformas. Esses dados, embora possam ser discutidos à luz da dignidade e da vulnerabilidade desses indivíduos, demonstra que não houve uma migração massiva dos mesmos para um sistema de tributação previdenciária menos vantajoso para a saúde atuarial do sistema. Pelo contrário: se esses indivíduos, esses entregadores e motoristas de aplicativo, tiverem formalizado a sua inscrição como MEI – o que a pesquisa não pôde identificar – haverá uma dupla contribuição para o sistema de proteção previdenciária: os mesmos teriam que contribuir em virtude do seu vínculo formal de emprego e em virtude do seu vínculo como MEI.

Outro dado relevante da pesquisa CEBRAP, e que é possível correlacionar com questões atuarias do sistema de proteção previdenciária, diz respeito ao incremento real de contribuições para o sistema. Segundo dados da pesquisa 28% dos entregadores de plataforma e 36% dos motoristas de plataforma entrevistados só foram para esse mercado porque não estavam conseguindo uma colocação no mercado formal. Partindo do pressuposto que esses indivíduos formalizem a sua filiação como MEI e passem a verter contribuições, isso gera um incremento real, ainda que mínimo, aos cofres do RGPS. O que, evidentemente, é melhor para o Estado do que ter que custear na íntegra um benefício assistencial para esses sujeitos, se continuassem sem uma fonte de renda.

Em conclusão, em face da discussão inacabada na justiça do trabalho sobre o reconhecimento ou não do vínculo empregatício, é possível afirmar que, embora seja relevante explorar os impactos dos trabalhadores de plataforma na saúde atuarial do sistema de proteção previdenciária e embora seja evidente os problemas causados pelo MEI à saúde de tal sistema, não é possível afirmar, com a comparação das pesquisas apresentadas, que há uma correlação direta entre tais cenários; que o sistema de recolhimento de contribuições previdenciárias dos trabalhadores de plataforma contribui significativamente para o desequilíbrio atuarial do RGPS.

Os dados apresentados demonstram que, a despeito da discussão sobre carga horária de trabalho ou exploração desses profissionais, os mesmos na verdade, promovem um incremento no recolhimento das contribuições previdenciárias. Tal afirmação, contudo, não afasta a necessidade de se entender a importância, também para o direito previdenciário, do reconhecimento pela Justiça do Trabalho e, eventualmente, pelo Poder Legislativo, da existência do vínculo formal de emprego. Os desdobramentos de tal reconhecimento no direito previdenciário gerariam uma maior proteção ao trabalhador, face o reconhecimento de um sistema protetivo mais vantajoso e um menor impacto atuarial, em face da possibilidade de tributação das empresas de tecnologia que atuam nesse mercado.

4. Conclusões

A presente pesquisa buscou estudar, a partir da constatação da falta de reconhecimento do vínculo formal de emprego entre os donos dos aplicativos e os empregados, quais os impactos que essa nova lógica de organização do trabalho humano, incluída no denominado capitalismo de plataforma, trazem para a pessoa humana no âmbito previdenciário com o objetivo de evidenciar possíveis impactos nos seus direitos de personalidade. O objetivo teve duplo foco: pesquisar desdobramentos atuais e futuros.

Na busca pelos desdobramentos atuais, a pesquisa objetivou encaixar o trabalhador de plataforma em uma das categorias de segurado do RGPS visando explorar quais benefícios são acessíveis a essa categoria. Tudo isso de acordo com o que se tem já sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro. Na atualidade, embora a falta do reconhecimento do vínculo formal de emprego relegue o trabalhador uberizado a condição de trabalhador autônomo, ora segurado do RGPS como Contribuinte Individual autônomo ora segurado do RGPS como Contribuinte Individual- MEI, não há de se falar em um grande prejuízo à proteção desses sujeitos. Incluso em regime tributário – um regime de contribuição previdenciária – mais benéfico para si porque menos oneroso, faz sentido haver algumas limitações no acesso aos benefícios. Desse modo, dentro do cenário existente de proteção previdenciária e das reflexões aqui propostas, não é possível argumentar em prol de uma defesa à ofensa aos direitos da personalidade por não ser possível evidenciar que o Estado não se preocupe com a segurança econômica ou com o bem-estar da pessoa nessa seara.

Na busca pelos desdobramentos futuros, embora haja pesquisas robustas indicando o efeito deletério dos regimes diferenciados de contribuição previdenciária para a saúde atuarial do RGPS, não foi possível identificar, com a coleta de dados aqui proposta, uma participação ativa dos trabalhadores de plataforma nesse problema. Pelo contrário: ora os trabalhadores de plataforma possuem dupla jornada e contribuem duplamente para o sistema; ora não possuíam fonte de renda alguma e, com o trabalho nos aplicativos e a formalização do MEI, podem passar a contribuir, ainda que minimamente, para a saúde atuarial do RGPS. Desse modo resta refutado a hipótese inicial apresentada pela pesquisa, tanto no aspecto da proteção atual quanto no aspecto da proteção futura.

REFERÊNCIAS

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Revista Psicoperspectivas individuo y sociedad. Valparaiso, Chile: v. 18, n.3, nov. 2019.* Disponível em: <https://www.psicoperspectivas.cl/index.php/psicoperspectivas/article/view/1674> Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. DF: Diário Oficial da União, 25.7.1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003.** Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. DF: Diário Oficial da União, 9.5.2003. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10666&ano=2003&ato=33fATWq10dRpWTce7> Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018.** Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. DF, Diário Oficial da União, 27.3.2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113640.htm Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.792, de 14 de maio de 2019.** Regulamenta o inciso III do parágrafo único do art. 11-A da Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que dispõe sobre a exigência de inscrição do motorista de transporte remunerado

privado individual de passageiros como contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social. DF, Diário Oficial da União, 15.5.2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9792.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.792%2C%20DE%2014%20DE%20MAIO%20DE%202019&text=11%2DA%20da%20Lei%20n%C2%BA,Regime%20Geral%20de%20Previd%C3%Aancia%20Social Acesso em: 28 ago. 2023.

BENÍTEZ, Esperanza Macarena Sierra. Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo. **Revista direito das relações sociais e trabalhistas**. Brasília, DF: v. 9, n.1, jan./jun. 2023. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/issue/view/37/78> Acesso em: 28 ago. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

COSTANZI, Rogério Nagamine. **Os desequilíbrios Financeiros do Microempreendedor Individual (MEI)**. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8327/1/cc_38_nt_desequilibrio_financeiro_MEI.pdf Acesso em: 28 ago. 2023.

COSTANZI, Rogério Nagamine; MAGALHÃES, Mário. **A evolução do MicroEmpreendedor Individual (MEI) e os impactos no financiamento da Previdência Social e no Mercado Formal de Trabalho**. FIPE: Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif510-15-24.pdf> Acesso em: 28 ago. 2023.

CALLIL, Victor et al. **Mobilidade urbana e logística de entregas: um panorama sobre o trabalho de motoristas e entregadores com aplicativos**. CEBRAP: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. Disponível em: <https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2023/05/Amobitec12mai2023.pdf> Acesso em: 28 ago. 2023.

FÉLIX, Diogo Valério. **Termos da pessoa: crítica da violência constitutiva e a despersonalização na persecução penal**. 363f. Tese (Doutorado – Programa de Pós graduação em Ciências Jurídicas) – Universidade Cesumar – Unicesumar. Maringá-PR. 2022. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/144s1jmEVylEpb37ylod7EgN8Gt1R6gDB/view> Acesso em: 29 jun. 2023.

FÉLIX, Diogo Valério; ZENNI, Alessandro Severino Valler. **Crítica à teoria clássica dos direitos da personalidade**. 2. ed. Maringá: Vivens, 2015.

FELIX, Gil. **Uber, superexploração do trabalho e o capitalismo de plataforma em contexto de pandemia: novas e velhas formas de controle e resistência**. Disponível em: osf.io/preprints/socarxiv/397ky Acesso em: 28 ago. 2023.

FELIX, Gil. **Trabalhadores de plataformas digitais: mundialização, superexploração e luta de classes**. Revista Sociedade e Estado. V. 38, nº1, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/H9TXPJxD6BztbGxPkk85vNm/> acesso em: 17 de ago. 2023.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar, Mestrado, Maringá, Centro Universitário de Maringá**, v. 7, n. 1, jan./jun. 2007, p. 57-80. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/516> Acesso em: 28 ago. 2023.

GMACH, Deomar Adriano; MIGUELI, Priscilla Milena Simonato De; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A proteção previdenciária do absolutamente incapaz: reflexões sobre a Lei nº 13.846/2019 à luz do direito natural e dos direitos da personalidade. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, p. 79-99. Ano XII, n. 71, out./nov. 2022.

GMACH, Deomar Adriano. **A regulamentação da contribuição previdenciária do motorista de aplicativo**. Disponível em: <https://www.alteridade.com.br/a-regulamentacao-da-contribuicao-previdenciaria-do-motorista-de-aplicativo/> Acesso em: 28 ago. 2023.

HAN, Byung Chul Han. **Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas formas de poder**. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: editora Âyine, 2019.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus – uma breve história do amanhã**. Tradução de Paulo Geiger. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev., ampl., e atual. Niterói, RJ: Impetus. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 17 de ago. 2023.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo - el papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_823119.pdf Acesso em: 28 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SIQUEIRA, Leonardo Calmon De. Superexploração do Trabalho: uma interpretação empírica. **Revista Nexos Econômicos**. v. 15, n. 1, jan-jun. 2021. p. 82–108. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revnexeco/article/view/50828/27638> Acesso em: 16 ago. 2023.

WOODCOCK, Jamie. **O panóptico algorítmico da Deliveroo: mensuração, precariedade e a ilusão do controle**. In: ANTUNES, Ricardo. (Ed.). *Uberização, trabalho digital e Indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020.

O CONCEITO DE GREVE NA FUNÇÃO PÚBLICA EM FRANÇA

THE CONCEPT OF STRIKE IN THE PUBLIC SERVICE IN FRANCE

Recebido em: 23/06/2023

Aprovado em: 11/06/2024

Francis Kessler*

Juliano Barra*

Objetivo: o presente artigo tem como proposição demonstrar o conceito de greve no serviço público francês. O critério metodológico utilizado conjugou premissas do direito interno francês, jurisprudência de seus tribunais superiores, assim como os contornos constitucionais e internacionais quem tratam da matéria. Da análise realizada constata-se que o direito à greve no serviço público francês, legalmente admitido para algumas funções, é limitadamente regulado, porém exercido de maneira cotidiana por algumas categorias mais organizadas, a exemplo dos transportes públicos. A análise teve como limitação os contornos legais e jurisprudências da greve dos serviços públicos em França. Na doutrina brasileira verifica-se uma lacuna no enfrentamento do tema proposto. O artigo se apresentada como inovador e atual, valendo-se do método de direito comparado.

Palavras-chave: *Greve; Serviço Público; Categorias; Doutrina*

Purpose: This article proposes to demonstrate the concept of strike in the French public service. **Methodology:** The methodological criteria used combined premises of French domestic law, the jurisprudence of its superior courts, as well as the constitutional and international contours. **Findings:** From the analysis carried out, it appears that the right to strike in the French public service, legally admitted for some functions, is limitedly regulated, but exercised daily by some more organized categories, such as public transport. **Research limitations/implications:** the analysis was limited by the legal and jurisprudence of the public services strike in France. **Originality:** In Brazilian doctrine there is a gap in dealing with the proposed theme. The article is presented as innovative and current, using the method of comparative law.

Keywords: *Strike; Public service; Categories; Doctrine*

1. Introdução: O Serviço Público Francês

No final de 2021, a função pública francesa empregava cerca de 5,6²⁰¹ milhões de pessoas. Ela é composta por três ramos, cada um com regras comuns e regras

* Professor assistente na Faculdade de Direito da Sorbonne na Universidade Paris. Diretor do Mestrado em Direitos da Proteção Social Empresarial: Programa de Mestrado em Aprendizagem. Conselheiro Sênior na Gide Loyrette Nouel AARPI em Paris. Especialista em diferentes projetos da UE e do Conselho da Europa e ainda é membro do Rede Europeia de Direito do Trabalho (ELLN).

*Doutor em Direito (summa cum laude) pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne onde também foi professor assistente (2016/18). É professor no curso de mestrado Droit de la protection sociale d'entreprise na mesma universidade. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em São Paulo.

201 Ministère de la transformation publique, DGAFP, Transforming the French Civil Service to Meet the Challenges of the 21st Century, 2022 ;

específicas²⁰². A função pública da **administração central** emprega cerca de 2,49 milhões de trabalhadores (titulares e não titulares). Estes funcionários trabalham em ministérios, departamentos governamentais descentralizados e estabelecimentos públicos nacionais. O recrutamento é regido pelo direito público. A **função pública local** emprega 1,94 milhão de assalariados que trabalham para as coletividades locais e regionais, tais como os conselhos regionais, os conselhos de departamento e os municípios (*communes*). A **função pública hospitalar** é composta por 1,18 milhão de assalariados que trabalham em estabelecimentos públicos de saúde (hospitais públicos) e em estabelecimentos de assistência médica e social (lares de terceira idade, etc.).

Neste sentido, importante verificarmos as categorias de funcionários que compõem o quadro do serviço público francês (**A**), assim como as condições em que é qualificado seu regime jurídico (**B**).

1.1 Categorias

Existem duas formas principais de emprego na função pública francesa: primeiramente os *fonctionnaires*, ou funcionários públicos, que são recrutados através de um processo que envolve concurso público e formação. Embora existam três categorias de *fonctionnaires*, que correspondem a três funções públicas: os funcionários do Estado (*les fonctionnaires de l'État*), os funcionários territoriais (*les fonctionnaires territoriaux*) e os funcionários hospitalares (*les fonctionnaires hospitaliers*), estes últimos também beneficiam de um estatuto especial que lhes garante um emprego vitalício na função pública²⁰³. Os estatutos específicos do corpo de funcionários têm dois objetivos: definem os

202 Publicado em 1 de Março de 2022, o código da função pública unifica todas as leis (e eventualmente todos os regulamentos) aplicáveis aos funcionários públicos. The code covers the four acts establishing the general civil service regulations (the Civil Servants' Rights and Obligations Act of July 13th 1983, conhecida como "regulamento geral", que abrange os três ramos; a Lei da Função Pública da Administração Central, de 11 de Janeiro^o 1984; a Lei da Função Pública da Administração Local, de 26 de Janeiro de 1984; e a Lei da Função Pública Hospitalar, de 9 de Janeiro de 1986). O código abrange igualmente instrumentos de alteração mais recentes, como o Despacho 2021-702, de 2 de Junho de 2021, sobre a reforma dos quadros superiores da função pública da administração central e a Lei da Transformação da Função Pública, de 6 de Agosto de 2019.

203 O estatuto de funcionário público é concedido às pessoas nomeadas para um lugar permanente e classificado num grau. Uma outra condição essencial ao estatuto de funcionário público é o carácter público da pessoa que nomeia e emprega o funcionário. A nomeação efetua-se por meio de um ato unilateral de ordem administrativa. Os funcionários públicos estão divididos em corpos. Para além do Estatuto Geral dos Funcionários Públicos, existem estatutos específicos. O seu objetivo é estabelecer as regras ou regulamentos específicos aplicáveis a cada corpo da função pública.

lugares que podem ocupar e as modalidades de acesso, bem como estabelecem a carreira mínima garantida a esses aos membros.

A segunda categoria é a dos *agentes contratuais*, que constituem uma das categorias de agentes não permanentes da função pública, juntamente com os auxiliares, os trabalhadores temporários, os estagiários e os empregos de gabinete. Na sua maior parte estes agentes são regidos pelo direito público. O direito do trabalho é apenas condicionalmente aplicável a estes funcionários que não possuem estabilidade (*non titulaires*)²⁰⁴. Embora muitos dos seus direitos e obrigações estejam definidos contratualmente, muitas das regras em vigor para os funcionários públicos permanentes também lhes são aplicáveis e os litígios entre estes e o empregador são decididos pelos tribunais administrativos (e não o *Conseil de Prud'hommes* como ocorre para os empregados da iniciativa privada).

Registre-se, por oportuno, que os contratos são frequentemente celebrados por tempo determinado, embora, expressos em equivalentes a tempo inteiro, existam mais contratos permanentes do que a termo. Em alguns casos, pode ocorrer que agentes contratuais dos serviços públicos administrativos sejam regidos pelo direito privado²⁰⁵. A Lei da Transformação da Função Pública de 2019 iniciou uma profunda transformação ao facilitar o recurso a contratos de trabalho (agentes contratuais), por oposição aos funcionários públicos concursados e vitalícios.

Outro segmento do setor público são as empresas públicas que prestam serviços industriais ou comerciais (*Service Public Industriel et Commercial*), como por exemplo La Poste/correios, EDF/eletricidade, SNCF/caminhos-de-ferro²⁰⁶. Algumas dessas empresas têm a forma jurídica de um *Etablissement public industriel et commercial* - Estabelecimento Público de Carácter Industrial e Comercial - EPIC- Embora, na sequência

204 O Código do Trabalho contém apenas (relativamente poucas) disposições sobre as consequências de uma greve no direito dos contratos de trabalho. O quinto livro da segunda parte do Código do Trabalho é consagrado aos conflitos coletivos. O primeiro capítulo, intitulado "Disposições gerais", contém apenas um artigo, L 2511-1, segundo o qual "o exercício do direito à greve não pode justificar a rescisão do contrato de trabalho, exceto em caso de violação grave por parte do trabalhador. O seu exercício não pode, em caso algum, conduzir a uma medida discriminatória, incluindo salários e prestações sociais. Qualquer despedimento, exceto por negligência grave, é ilegal".

205 Em geral, uma parte significativa dos agentes contratuais desempenha funções de apoio e assistência, como supervisores, assistentes técnicos, etc.

206 Em contraste com a administração pública, o núcleo da função pública francesa, os esforços de reforma dos vários governos franceses tiveram efeitos significativos no setor industrial, ou seja, uma grande parte das empresas públicas foi reestruturada ou completamente privatizada, como a Air France, a France Télécom, a Gaz de France ou Renault.

das privatizações, tenham sido fortemente reduzidas²⁰⁷ e parcialmente transformados em sociedades anónimas, não empregam o seu pessoal com o estatuto de funcionários públicos, mas as suas condições de trabalho são reguladas por leis especiais, o chamado "*Statut du personnel*": os trabalhadores gozam de regras especiais, tais como um elevado nível de segurança no emprego, horários de trabalho mais curtos, pagamentos de aposentadorias mais elevadas e alguns outros benefícios.

No entanto, estes privilégios estão cada vez mais em contradição com os critérios de rentabilidade exigidos pelo mercado. As greves nestas empresas estão geralmente ligadas a tentativas de alterar ou reduzir estas condições de trabalho especiais.

1.2 Condições de Trabalho

O artigo 4.º do Título 1 do Estatuto Geral dos Funcionários Públicos estabelece que "*o funcionário público tem uma posição estatutária e regulamentar em relação à administração*": o salário e as condições de trabalho da maioria dos funcionários públicos (*fonctionnaires titulaires*) são fixados por lei e regulamento, pelo que, de um ponto de vista puramente jurídico, **não existe negociação coletiva**. Por outro lado, uma lei aprovada em 1983 dispõe que os sindicatos têm o direito de "*negociar com o governo*" antes de serem tomadas decisões de aumento salarial e que podem "*discutir questões relacionadas com as condições de trabalho e a organização do trabalho*".

Assim, por exemplo, existe um conselho nacional, o CSFP (*Conseil Supérieur de la Fonction Publique*), bem como o *Conseil Supérieur de la Fonction Publique territoriale* (CSFPT), que tem de tomar posição sobre propostas legislativas com potencial impacto nos funcionários públicos.

Existem também comités locais (*CTP - Comité technique paritaire*) que se ocupam da organização do trabalho nas coletividades com pelo menos 50 trabalhadores²⁰⁸. Se este número não for atingido, esta tarefa é transferida para as *Comissões Administrativas Paritárias* (CAP) que trabalham em nível departamental e que se ocupam da administração das carreiras. Em ambos os casos, trata-se de comissões paritárias com

207 Beckmann, *The Gutting of the Public Service : Liberalização, Privatização e Comercialização em França em* : Bieling, Deckwirth Schmalz, *Liberalisation and Privatisation in Europe: The Reorganisation of Public Infrastructure in the European Union*, Münster, Westfälisches Dampfboot 2008.

208 As autoridades locais, apesar do sistema altamente centralizado, têm a possibilidade de receber bônus e pagamentos adicionais, mas apenas dentro dos limites nacionais.

representantes eleitos dos trabalhadores. Os sindicatos têm assento nos comitês em função dos resultados eleitorais.

A Lei da Transformação da Função Pública, de 6 de agosto de 2019, autoriza o governo a emitir despachos para ajudar a alcançar acordos negociados, especialmente no nível local, concedendo a alguns deles força legal. O decreto de 17 de fevereiro de 2021 (*Ordonnance n° 2021-174 du 17 février 2021*) relativo às convenções coletivas de trabalho da função pública, permite que os trabalhadores e os gestores trabalhem em conjunto para encontrar as soluções mais adequadas para as questões, tendo em conta as especificidades do seu departamento administrativo e localização geográfica. O novo quadro jurídico já deu origem a um embrião de "acordo coletivo", em julho de 2021, sobre o regime de teletrabalho nos três ramos da função pública, e um segundo, em janeiro de 2022, sobre o seguro de saúde suplementar para os funcionários públicos.

Em França, a Constituição acolhe a greve como um direito de valor constitucional. Instrumentos internacionais ratificados e aplicáveis em direito interno formam o quadro legislativo na proteção ao direito de greve. Porém, no que tange às greves no serviço público, vige ainda uma jurisprudência mitigada que limita sua regulamentação.

2. Quadro Internacional e Constitucional

O quadro internacional para o direito à greve é o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Sociais ou PIDCP) de 16 de dezembro de 1966 e, em particular, o seu artigo 8º, que é aplicável em França. A França ratificou igualmente a versão revista da Carta Social Europeia de 1996, denominada "Carta Social Europeia revista", cujo artigo 6.º, n.º 4, concede "aos trabalhadores e às entidades patronais o direito de desencadear ações coletivas, incluindo o direito à greve, em caso de conflito de interesses, sem prejuízo das obrigações decorrentes das convenções coletivas em vigor", bem como o artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, que é vinculativo para a França²⁰⁹.

A França não ratificou a Convenção n.º 151 relativa às relações laborais (serviço público) e a Convenção n.º 154 relativa à promoção da negociação coletiva.

209 Kessler, Capítulo 10 The Right to Strike: França, em Waas (ed.), *The Right to Strike. A Comparative View*, Kluwers Law International, 2014, p. 207.

A greve, ademais, é definida pelos tribunais como "*a cessação coletiva e concertada do trabalho em apoio de reivindicações profissionais*"²¹⁰.

Fundamentalmente, o direito à greve é tratado no direito francês como um direito cujo portador é cada trabalhador individualmente. A forma habitualmente utilizada para definir a titularidade do direito à greve é um **direito individual dos trabalhadores exercido coletivamente**: o direito à greve é um direito pessoal. Em França, o direito à greve é proclamado e protegido como um direito específico. Formalmente, por um lado, distingue-se da liberdade sindical, da qual não é expressão, por outro lado, da liberdade coletiva.

Vejamos, ainda, que a negociação coletiva tem uma base constitucional no direito de participação proclamado no Preâmbulo da Constituição de 1946, que remete para o Preâmbulo da atual Constituição. Por conseguinte, o direito à greve nunca é tratado como um auxiliar do direito à negociação coletiva.

Durante muito tempo, o direito à greve na função pública assentou-se tradicionalmente no direito judicial, segundo o qual a interação entre o direito à greve e a "*continuidade dos serviços públicos*", igualmente protegida pela Constituição, deve ser conciliada²¹¹. O acórdão *Winkell*, proferido pelo *Conseil d'État* em 7 de agosto de 1909: "*Ao aceitar o emprego que lhe é conferido, o funcionário público submeteu-se a todas as obrigações decorrentes das próprias necessidades dos serviços públicos e renunciou a todas as faculdades incompatíveis com uma continuidade essencial à vida nacional*"²¹².

O n.º 7 do preâmbulo da Constituição francesa de 1946, para o qual remete a atual Constituição de 1958, proclama que "*o direito à greve deve ser exercido no quadro das leis que o regulam*"²¹³.

O Conselho Constitucional tem repetidamente sublinhado que cabe ao legislador traçar "os limites do direito à greve" e assegurar "a necessária mediação entre a defesa dos

210 11 Por exemplo, a Câmara de Direito do Trabalho da Cour de cassation (a seguir "Soc."), 18 de Junho de 1996, Bull. V n.º 243; Moreau, *La grève*, Paris, Economica 1998; Farouz-Chopin, *Le droit de grève*, Paris, L'Harmattan, 2003.

211 Crouzatier-Durand & Kada (dir.), *Grève et droit public 70 ans de reconnaissance. Actes de colloques de l'IFR*, : Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ - Lextenso Editions 2017.

212 Recorde-se as posições intransigentes de Hauriou, que considerava a greve dos funcionários públicos com "*atos de guerra*" (comentários em Conselho de Estado (doravante CE 7 de agosto de 1909, *Winkell*, S. 1909, 3, p. 145,) ou de Duguit, que via como um "crime" quando estes agentes "cometem o mais grave dos atentados contra a própria vida coletiva" (*Traité de droit constitutionnel*, T. III, Paris, de Boccard, 1912 p. 219).

213 Conselho Constitucional (Conseil constitutionnel), 16 de agosto de 2007, n.º 2007-556 DC.

interesses profissionais, de que a greve é o meio, e a proteção do interesse geral, que a greve pode afetar"²¹⁴.

Já em 1950, o mesmo Conselho de Estado francês considerou que as autoridades administrativas não podem regulamentar o direito à greve, mas podem, para garantir a continuidade dos serviços públicos, organizar serviços mínimos numa base casuística²¹⁵.

Confrontada com o problema da legalidade da greve nos litígios surgidos nos serviços públicos geridos por pessoas coletivas de direito privado, a *Cour de Cassation* adotou uma solução idêntica no que diz respeito aos trabalhadores que lhes estão afetos²¹⁶.

3. Restrições e Proibições de Greve na Função Pública

O quinto livro da segunda parte do Código do Trabalho francês é consagrado aos conflitos coletivos. O primeiro capítulo, intitulado "Disposições gerais", também aplicável ao setor público, tem apenas um artigo, L 2511-1, segundo o qual "*o exercício do direito à greve não pode justificar a rescisão do contrato de trabalho, salvo em caso de violação grave por parte do trabalhador. O seu exercício não pode, em caso algum, conduzir a uma medida discriminatória, incluindo salários e prestações sociais. Qualquer despedimento, exceto por negligência grave, é ilegal*".

As interferências legislativas no direito à greve são muito poucas, exceto no setor público²¹⁷, embora as diretrizes estabelecidas no Preâmbulo da Constituição de 1946 reconheça o direito à greve "*no quadro das leis que a regulam*"²¹⁸.

Desde uma lei de 31 de julho de 1963, o direito à greve no setor público é explicitamente reconhecido, mas o exercício desse direito é regulado pelos artigos L. 2512-1 a L.2512-5 do Código do Trabalho que restringem a greve nos serviços públicos, quer sejam

214 Conselho Constitucional, 25 de julho de 1979, n.º 79-105 DC.

215 CE, Dehaene, n.º. 01645 de 7 de junho de 1950, a seguir designado por "acórdão Dehaene".

216 Soc, 27 de janeiro de 1956 in *Daloz* 1956, 481, nota A. Gervais.

217 Para uma apresentação do vivo debate antes e depois da lei de 1963, Sinay / Javillier, *La grève*, in Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1984 p. 389 e seguintes.

218 Esta formulação é repetida no estatuto geral dos funcionários públicos (art. 10º da lei nº83-634 de 13 de julho de 1983).

prestados por entidades públicas²¹⁹ ou por organismos privados²²⁰ (A). Há, ainda, algumas outras leis setoriais específicas que proíbem a greve (B).

3.1 Restrições das Greves

Nos serviços públicos, a "*cessação concertada do trabalho*" deve, em primeiro lugar, ser precedida de um pré-aviso de greve, sob pena de serem declaradas ilegais. Nos serviços públicos, as greves só podem ser convocadas por sindicatos representativos²²¹.

O artigo L. 2512-3 do Código do Trabalho prevê a obrigação de notificar a ação de greve com pelo menos cinco dias de antecedência. Este aviso deve incluir uma indicação dos motivos da greve e o anúncio do seu local, hora e duração. O pré-aviso deve provir de "*uma organização sindical representativa de nível nacional, da categoria profissional ou da empresa, da organização ou do serviço em causa*": esta exigência proíbe as "greves selvagens"²²².

Desde 1982, a norma foi completada no sentido de que, durante este período de espera, as partes são obrigadas a negociar as reivindicações de greve apresentadas.

Existem disposições específicas para o transporte terrestre e para o transporte aéreo de passageiros. A Lei n.º 2007-1224 de 21 de agosto de 2007, que já foi incorporada, na sua maior parte, no Código dos Transportes, impõe, nas empresas encarregadas de uma missão de serviço público de transporte regular de passageiros por via

219 Os hospitais, os serviços de assistência social, as caixas nacionais de segurança social, as empresas de habitação social, as associações profissionais, a Comissão da Energia Atómica (Soc. 5 de julho de 1984), o Porto Autônomo de Bordeaux (Soc. 16 de julho de 1997), etc., são considerados investidos na gestão de um serviço público.

220 Empresas que tenham celebrado um acordo com o Estado com vista ao exercício de uma atividade, como é o caso dos estabelecimentos de ensino privados sob contrato de associação, um centro de formação de aprendizes, gerido por uma associação; empresas, independentemente das condições da sua remuneração, encarregadas da gestão de um serviço público; organismos diretamente encarregados de uma missão de serviço público, como as caixas de seguridade social.

221 Para o juiz constitucional, "*dada a natureza particular do direito à greve, o legislador pode, como já o fez, conferir às organizações sindicais representativas prerrogativas especiais relativas à convocação de uma greve; que este papel reconhecido a estas organizações para a apresentação de um pré-aviso de greve deixa a cada trabalhador a liberdade de decidir pessoalmente se quer ou não participar nela*" Conselho Constitucional 16 de agosto de 2007, nº 2007-556 DC.

222 A notificação exigida é dirigida "*à autoridade hierárquica ou à direção do estabelecimento, empresa ou organismo em causa*".

Quando provém de funcionários públicos, deve, portanto, ser dirigida ao Ministro em causa ou ao seu representante. Se se tratar de um conflito que afeta os trabalhadores de uma empresa gestora de um serviço público, deve ser enviado ao responsável da empresa ou do estabelecimento ou serviço que será afetado pela cessação de atividade.

terrestre, uma negociação prévia à apresentação do aviso. Esta negociação realiza-se nas condições definidas num acordo-quadro específico para a empresa em questão.

Na ausência de tal acordo, as negociações prévias ao período de pré-aviso são organizadas em conformidade com os procedimentos previstos no acordo coletivo setorial. Na ausência de qualquer acordo, a greve é regida por um conjunto de disposições estabelecidas por regulamento. No setor dos transportes públicos terrestres, cada trabalhador que pretenda aderir à greve deve comunicar a empresa dois dias antes de interromper o trabalho. Uma vez informado do número de grevistas, a empresa deve estabelecer e tornar público o nível de serviço que poderá prestar. Este é determinado em conformidade com o "acordo coletivo de previsibilidade de serviço" que a empresa deve ter negociado com as organizações sindicais representativas ou, na ausência de acordo, com o "plano de previsibilidade" por ela elaborado.

Um modelo quase semelhante foi introduzido pela Lei n.º 2012-375, de 19 de março de 2012, nos artigos L 1114-1 e seguintes do Código dos Transportes, aplicáveis às empresas de transporte aéreo de passageiros, bem como às empresas que prestam serviços de operação de aeródromos, de segurança aeroportuária, de incêndio e salvamento, de controle de animais, de manutenção de linhas de aeronaves e de assistência em escala²²³.

Desde 2008 e com a introdução do "*Service Minimum d'Accueil*", os professores do sistema de ensino primário (jardim de infância e ensino básico), são obrigados a declarar sua intenção de participar na greve com pelo menos quarenta e oito horas antes, incluindo pelo menos um dia útil, antes de participar na greve²²⁴. Para as escolas do 1.º grau, os professores devem seguir a mesma modalidade de pré-aviso. As modalidades da declaração são, por conseguinte, especificadas pelo Ministério da Educação numa circular de 26 de agosto de 2008, que afirma: "*Esta declaração é feita ao inspetor da academia, ou aos inspetores nacionais da educação quando o inspetor da academia lhes tenha confiado a missão de recolher as declarações e o pessoal abrangido por esta obrigação de declaração tenha sido informado. A declaração deve ser feita por escrito, por carta ou por fax, e deve chegar à autoridade competente 48 horas antes de o interessado entrar em greve*"²²⁵.

223 Bernaud, La loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers est conforme à la Constitution, *Droit social* 2012, 70.

224 Ao contrário dos professores, os funcionários do direito privado não estão sujeitos a qualquer pré-aviso e, em caso de greve nacional, não têm de informar o diretor da escola da sua intenção de aderir à greve.

225 *Boletim Oficial da Educação Nacional* (BOEN) de 4 de setembro de 2008.

Artigo L 2512-2 *Code du Travail* dispõe sobre limitações especiais, sobretudo a manutenção de um serviço de urgência ou mínimo ("*serviço mínimo*"). A noção de serviço mínimo deve ser entendida em sentido *lato*, podendo ir até à exclusão total do direito à greve. No entanto, estas restrições devem ser necessárias e existe uma grande incerteza sobre o que constitui um serviço mínimo. Uma tentativa do legislador de definir o serviço mínimo por lei foi rejeitada pelo *Conseil d'État* numa decisão de 12 de maio de 1989²²⁶.

As restrições ao direito à greve podem ser estabelecidas pela autoridade territorial, sob a autoridade e controle do juiz administrativo, quando as necessidades do serviço o exigirem, nos termos do acórdão *Dehaene*. A jurisprudência definiu gradualmente os limites do chamado procedimento de designação. De acordo com a jurisprudência, podem ser impostas restrições ao direito à greve a fim de evitar um uso abusivo deste direito contrário à ordem pública²²⁷. Não podem ser de carácter geral. Devem limitar-se aos postos de trabalho dos serviços estritamente indispensáveis à continuidade do serviço público. Não podem dizer respeito a todos os trabalhadores de uma determinada categoria hierárquica, por exemplo, mesmo que o juiz aceite mais facilmente as restrições de autoridade²²⁸.

No jardim-de-infância, na escola primária e na escola de 1.º grau, existe um "*Serviço Mínimo de Acolhimento*": este serviço de acolhimento é normalmente assegurado pelo Estado, mas quando o número de grevistas é elevado (mais de 25% do número de professores da escola), passa a ser de responsabilidade da administração local²²⁹.

Alguns textos específicos preveem a criação de serviços mínimos especiais "setoriais". Por exemplo, uma lei de 26 de julho de 1979²³⁰ relativa às empresas e organismos de rádio e televisão, que devem difundir um noticiário e um programa de entretenimento por dia, uma lei de 25 de julho de 1980 relativa às centrais nucleares, que visa assegurar a

226 A antiga lei n.º 84-1286 de 31 de dezembro de 1984 continha uma disposição de grande alcance que teria tornado impossível qualquer greve no setor da aviação (art. 2.4: "*la mission nécessaire à la sauvegarde des personnes et des biens*" deve ser mantida). Uma vez que não existia uma justificação geral para esta disposição, considerou-se que era incompatível com o conceito de serviço mínimo.

227 CE 4 de fevereiro de 1966 n.º 62479, 62494 e 62495.

228 CE, 6 de dezembro de 1966 também CE 1 de Junho de 1984 n.º 22820.

229 O artigo L. 133-7 do Código da Educação prevê a elaboração, em cada município, de uma lista de pessoas suscetíveis de prestar o serviço de acolhimento. A identificação destas pessoas é da exclusiva responsabilidade do presidente da câmara. A autarquia pode recorrer aos funcionários municipais, de acordo com o seu estatuto, mas também a auxiliares de creche, dirigentes de associações que gerem centros de lazer, membros de associações familiares, professores aposentados, estudantes, pais, etc. As disposições do Código da Ação Social e da Família não impõem qualquer obrigação em termos de qualificação do pessoal ou de efetivos para as estruturas de acolhimento que não excedam 14 dias por ano. A lei prevê que o Estado pague às autarquias uma compensação financeira num prazo máximo de 35 dias.

230 A Lei n.º 74-696, de 7 de agosto de 1974, foi alterada pela Lei n.º 79-634, de 26 de julho de 1979.

continuidade de serviço necessária para a manutenção, reparação e funcionamento, uma lei de 31 de dezembro de 1984²³¹ e um decreto de 1985, que criam um serviço mínimo de controle do tráfego aéreo²³².

Por último, existe uma série de leis e regulamentos relativos à saúde pública. Por exemplo, no sector hospitalar, a Circular n.º 5 do Ministério dos Assuntos Sociais, de 22 de abril de 1983, confere aos diretores dos hospitais o poder de definir e organizar os serviços que não podem ser interrompidos, a segurança física das pessoas, a manutenção dos cuidados e do alojamento dos doentes no hospital, a manutenção das instalações e do equipamento. O "serviço mínimo" nos transportes coletivos locais assumiu outras formas. Em 2008, a UTP negociou um acordo com os sindicatos dos transportes sobre o serviço mínimo em caso de greve. Este fato evitou um decreto pelo qual o Estado teria ordenado a criação de serviços mínimos. As empresas de transportes RATP (zona de Paris, 60% dos trabalhadores dos transportes públicos franceses) e SNCF (empresa ferroviária) celebraram os seus próprios acordos.

O artigo 56 da lei de 2019 sobre a transformação da função pública²³³ limita o direito à greve numa série de serviços territoriais no âmbito de um acordo negociado com os sindicatos. Os serviços em causa incluem o recolhimento e o tratamento de resíduos domésticos, os transportes públicos, a assistência a idosos e deficientes, a educação pré-escolar de crianças com menos de três anos, o acolhimento pós-escolar e a alimentação coletiva e escolar. A limitação do direito à greve seria justificada pelo fato de a interrupção destes serviços, em caso de greve dos funcionários públicos que participam diretamente na sua execução, ser contrária ao respeito da ordem pública, em especial da saúde pública ou às necessidades essenciais.

Importante destacar que em determinadas situações os funcionários, qualquer que seja o nível hierárquico, podem ser convocados²³⁴ ou requisitados para assegurar o funcionamento ininterrupto dos serviços públicos em que se encontrem.

A designação não diz respeito a pessoas, mas apenas a postos de trabalho e, conseqüentemente, aos agentes que desempenham as funções correspondentes. Os postos de

231 A Lei 84-1286 de 31 de dezembro de 1984 foi alterada pela Lei n.º 87-1014 de 18 de dezembro de 1987. Ver também o Código da Educação, artigo L. 133-2, artigo L. 133-3, artigo L. 133-4.

232 Incluído no Código dos Transportes pelo Decreto n.º 2010-1307, de 28 de outubro de 2010, e alterado pela Lei n.º 2012- 375, de 19 de março de 2012.

233 Artigo 56 (a lei n.º 2019-828 de 6 de agosto de 2019, criou um art. 7-2 na lei estatutária 84-53; Taillefait, *L'exercice du droit de grève dans les services publics locaux*, *Droit social* 2019, 1020.

234 A convocação é uma decisão administrativa escrita do diretor da organização, sob o controle do juiz administrativo. O seu objetivo é assegurar a continuidade dos cuidados em caso de greve. A convocação assume a forma de uma carta individual da administração aos agentes em causa. A recusa de resposta a uma convocatória implica a responsabilidade por falta cometida pelo pessoal envolvido.

trabalho que dão origem a restrições ao direito à greve devem ser estabelecidos com precisão por um decreto da autoridade administrativa. Esta designação deve ser fundamentada e notificada aos trabalhadores em funções absolutamente indispensáveis ao bom funcionamento da função pública. A lista das funções seria então publicada e os trabalhadores informados antes da afetação ou da transferência. A autoridade administrativa pode distinguir, entre estes postos de trabalho, aqueles para os quais a designação é permanente e aqueles para os quais a designação será notificada em caso de pré-aviso de greve. Neste último caso, a autoridade decidirá se deve ou não designar os agentes que ocupam os postos de trabalho em função da duração, das modalidades e da extensão da greve. A lista ou listas de postos de trabalho daí resultantes podem ser alteradas a qualquer tempo, de acordo com as mesmas regras, sempre que as circunstâncias o exijam. O juiz controla rigorosamente se a privação do direito à greve afeta apenas o essencial para o funcionamento das atividades cuja manutenção é necessária.

O segundo instrumento é o poder de requisição. A fim de organizar a continuidade de um serviço público essencial à ordem pública ou à segurança das pessoas, a autoridade hierárquica pode limitar o direito à greve dos trabalhadores sem se basear num texto legislativo. Neste caso, a autoridade tem o poder de requisição, o que significa que pode impor aos agentes indispensáveis, mesmo que estes queiram fazer greve, a obrigação de trabalharem durante o movimento grevista.

Para além dos períodos de guerra²³⁵ a Lei n.º 2003-239 de 18 de março de 2003²³⁶ relativa à segurança interna, permite aos chefes de polícia requisitar grevistas por ordem em caso de urgência, quando exigido por uma perturbação real ou previsível da paz, da saúde pública, da ordem pública ou da segurança pública, e quando os meios à disposição do chefe já não lhe permitem prosseguir os objetivos para os quais dispõe de poderes de execução. A ordem estabelece o tipo de serviço requisitado, a duração da requisição e as modalidades da sua execução²³⁷. O objetivo da requisição deve ser garantir um serviço mínimo e não um serviço completo: apenas o pessoal essencial para o funcionamento mínimo da estrutura pode ser requisitado e é importante que, antes de prosseguir, tenham sido procuradas todas as outras soluções organizacionais. Exemplo recente foi a requisição dos trabalhadores grevistas em refinarias em razão da escassez de combustível em toda a França em razão da greve. Este poder, ademais, também pode ser objeto de controle judicial por parte dos

235 Artigos L 2141-3 e L 2211-1 e seguintes do Código da Defesa.

236 Lei n.º 2003-239 de 18 de março de 2003 relativa à segurança interna.

237 Artigo L 2215-1 do Código Geral do Território.

tribunais administrativos²³⁸. A recusa de obedecer a uma ordem de requisição constitui uma infração penal.

3.2 Proibição de Greves

Ao decidir que "*o momento da cessação e o momento do retorno ao trabalho não podem ser diferentes para as diferentes categorias ou membros do pessoal em causa*", a lei proíbe as greves rotativas ou "greves surpresa"²³⁹.

Além disso, alguns funcionários públicos estão, por lei, totalmente privados do direito à greve em qualquer circunstância, uma vez que a sua presença é considerada necessária para manter um elemento do serviço que, se fosse interrompido²⁴⁰, "*perturbaria as necessidades essenciais do país*"²⁴¹.

Estes são:

- Membros das forças de segurança nacionais republicanas²⁴²;
- Membros da polícia nacional²⁴³;
- Juízes²⁴⁴;
- Membros das forças armadas (aéreas, terrestres, marinhas, *gendarmérie*)²⁴⁵;
- Membros da administração penitenciária²⁴⁶;
- Algumas categorias de pessoal da navegação aérea²⁴⁷;
- Pessoal da rede nacional de comunicações do Ministério do Interior²⁴⁸

Por vezes, a lei é menos explícita e não se refere diretamente à proibição do direito à greve. É o caso, por exemplo, dos trabalhadores em estabelecimentos onde são mantidos

238 CE, 9 de Dezembro de 2003, n.º 262186, CE, Réf. 27 de outubro de 2010, n.º 343966. A título de exemplo, uma ordem da prefeitura que prescreve uma medida de requisição geral conducente ao estabelecimento de um serviço completo e não de um serviço mínimo está viciada por uma ilegalidade manifesta que viola gravemente o direito à greve (CE 9 de dezembro de 2003 n.º 262186).

239 Saramito, la prohibition des grèves tournantes et des grèves-surprise dans les services publics, *JCP G* 1963 1795.

240 Conselho Constitucional n.º 79-105 DC 25 de julho de 1979, Rec., p. 33.

241 CE, 12 de abril de 2013, *Fédération FO Energie et Mines, Rec.*, p. 94, *RFD adm.* 2013, p. 637.

242 Lei n.º 47-2384 de 27 de dezembro de 1947 que estabelece uma nova estrutura organizativa do Corpo de Segurança da República.

243 Lei n.º 48-1504 de 28 de setembro de 1948 relativa ao estatuto especial do pessoal da polícia.

244 Lei n.º 58-1270 de dezembro de 1958 que estabelece o estatuto orgânico da magistratura.

245 Lei n.º 72-662 de 13 de julho de 1972 que estabelece um Estatuto Geral do Pessoal Militar.

246 Lei n.º 58- de 6 de agosto de 1958 relativa ao estatuto especial dos serviços externos da administração penitenciária.

247 Lei n.º 84-1286 de 31 de dezembro de 1984 relativa ao exercício do direito à greve nos serviços de navegação aérea.

248 Lei n.º 68-695 de 31 de julho de 1968.

materiais nucleares, aos quais se aplica a disposição especial do artigo L. 1333-10 do Código da Defesa.

4. Consequências de uma Greve no Serviço Público

A participação do funcionário no movimento grevista tem repercussões na relação jurídica havida com o ente ou empresa pública. Essa dinâmica irá variar a depender da adesão à uma greve legal (A) ou à participação em uma greve ilegal ou outros movimentos abusivos (B).

4.1 Participação em uma Greve Legal

A greve não tem efeitos sobre a situação estatutária do funcionário público, sendo que o ente estatal ou empresa não pode tomar medidas discriminatórias em matéria de remuneração ou de prestações sociais²⁴⁹. Consequentemente, os dias de greve não têm qualquer impacto no cálculo dos dias de férias anuais. É proibido sancionar um trabalhador que participe de uma greve regular.

No entanto, o exercício do direito à greve tem uma consequência no cálculo dos dias de tempo de trabalho reduzido (RTT). Uma vez que o trabalhador não está à disposição do empregador, este período não pode ser considerado como tempo de trabalho efetivo e, por conseguinte, não pode ser tido em conta para o RTT (tempo de trabalho reduzido)²⁵⁰.

A greve implica também em uma dedução no salário. De fato, o agente tem direito a uma remuneração após o serviço. No entanto, não há serviço prestado em caso de greve. Por conseguinte, não há remuneração. A dedução é efetuada sobre a remuneração de acordo com as datas de autorização e de liquidação do salário. Por conseguinte, é frequentemente efetuada um ou dois meses após a greve.

No que se refere ao montante da dedução, há que distinguir entre o caso dos agentes que pertencem à função pública do Estado e os que pertencem às duas outras funções públicas (territorial ou hospitalar).

249 CE, 2 de novembro de 1990, Req. n° 42875.

250 Artigo 2° do Decreto de 25 de agosto de 2000, n° 2000-815.

Para os funcionários públicos, o princípio é o do trigésimo indivisível. Cada dia de greve implica a retenção de 1/30 da remuneração total²⁵¹ mesmo que a greve seja inferior a um dia. Além disso, se um trabalhador fizer greve de sexta à segunda-feira inclusive, ser-lhe-ão descontados quatro dias de salário, uma vez que o sábado e o domingo são tidos em conta, mesmo que não esteja previsto que trabalhe no fim-de-semana. Esta sanção financeira tem sido repetidamente criticada pelo Comitê Europeu dos Direitos Sociais como uma violação do § 6. 4 da Carta Social Europeia revista, mas é considerada proporcional pelo Conselho Constitucional francês.

Para os agentes de outros setores da função pública, a dedução é proporcional à duração da greve²⁵² ou seja, 1/30 por um dia de ausência, 1/60 por meio dia de ausência e 1/151,67 por cada hora de ausência. No caso de uma greve que substitua um turno, a dedução é proporcional ao número de turnos mensais

4.2 Participação em Greves Ilegais ou em Outros Movimentos Abusivos

Tal como no setor privado, as greves políticas são proibidas. Assim, a participação em uma greve que não seja justificada por razões relacionadas com o trabalho expõe os trabalhadores a uma sanção disciplinar²⁵³. Do mesmo modo, ao incitamento à greve política através da distribuição de panfletos constitui uma violação do dever de reserva e justifica uma sanção disciplinar²⁵⁴.

A participação, mesmo na qualidade de representante do pessoal, na ocupação ilegal de instalações e no sequestro de pessoal de direção é ilegal²⁵⁵. A autoridade pública

251 A dedução é calculada sobre a totalidade da remuneração: salário indexado, subsídio de residência, prémios e subsídios. Os bônus pagos anualmente são incluídos na base de cálculo da dedução. Estes devem ser reduzidos a um equivalente médio mensal, com base no montante pago no ano anterior, para calcular o montante da retenção a efetuar. No entanto, o complemento do salário familiar é mantido na íntegra. Os reembolsos de despesas não são tidos em conta. A dedução não deve exceder a parte penhorável do salário. Se a greve durar vários dias consecutivos, o número de 30 minutos é igual ao número de dias desde o primeiro dia de greve até ao último dia. Este cálculo aplica-se mesmo que, durante alguns desses dias, o agente não tenha tido qualquer serviço a prestar (feriados, fins-de-semana). Assim, por exemplo, quando um agente entra em greve numa sexta-feira e na segunda-feira seguinte, são deduzidos 4/30 dias.

252 A decisão do Conselho Constitucional n°87-230 de 28 de julho de 1987 rejeita a regra do trigésimo indivisível para a greve na função pública territorial.

253 e.g. CE, 1 de fevereiro de 1963 Audibert.

254 e.g. CE, 12 de outubro de 1956 Cochand.

255 "(...) *Mr. X, membro de pleno direito do conselho de empresa, participou ativamente nestes atos; que não está provado que tenha desempenhado um papel moderador; que, apesar de o Sr. X. não ter sido o único trabalhador protegido a comportar-se desta forma, os seus atos caracterizam um exercício anormal e gravemente incorreto do mandato que lhe foi confiado e de natureza a justificar o seu despedimento*". CE, 22 de junho de 1988, n°59660.

pode, no interesse do serviço público, proibir a ocupação das instalações ou ordenar a sua evacuação²⁵⁶. Um movimento social que consiste em abster-se de cumprir uma parte das suas missões não constitui uma greve legal; o fato de participar nele é passível de uma sanção²⁵⁷.

O fato de participar conscientemente de uma greve irregular é ilegal²⁵⁸. Uma ação que não tenha o carácter de greve, ou um comportamento ilícito durante uma greve²⁵⁹ justifica a aplicação de uma sanção disciplinar a cada participante²⁶⁰. O artigo L. 2512-4 do Código do Trabalho especifica que estas decisões são tomadas em conformidade com o princípio do contraditório: os trabalhadores devem ter a possibilidade de apresentar as suas observações sobre os fatos de que são acusados e de ter acesso ao processo que lhes diz respeito. Além disso, a demissão ou a perda do cargo/função só podem ser pronunciados em conformidade com o processo disciplinar normalmente aplicável. Nestas circunstâncias, a demissão é pronunciada sem perda dos direitos à aposentadoria.

Contudo, a jurisprudência modera a sanção por desrespeito das disposições que regem o direito à greve. A participação dos trabalhadores em greve iniciada irregularmente não constitui uma falta, desde que não tenham ignorado conscientemente as disposições que regem o exercício do direito de greve nos setores públicos. A título de exemplo, o Conselho de Estado considerou que a participação de trabalhadores numa greve irregularmente convocada por um sindicato pode não constituir falta se os trabalhadores que participaram da greve não foram informados da ilegalidade do pré-aviso dessa mesma greve. Para constituir uma falta, teriam de ter sido informados pelo sindicato da necessidade de verificar a legalidade do pré-aviso de greve, de que estavam assim conscientes da sua irregularidade e de que, não obstante, participaram do movimento ilegal com pleno conhecimento dos fatos²⁶¹.

256 e.g. CE, 11 de fevereiro de 1966 n°65509.

257 e. g. Tribunal de Recurso Administrativo de Paris, 13 de maio de 2013 n°11PA01255.

258 CE, 20 de janeiro de 1967, n°66321, 66322.

259 Estão sujeitos a sanções em caso de greve: os funcionários públicos que não informem a sua administração da sua intenção de fazer greve, se tal for solicitado; os agentes que regressem ao trabalho antes do fim da greve sem informar a sua administração; os trabalhadores sujeitos a um requisito de serviço mínimo que não informem previamente a sua administração da sua intenção de fazer greve; os agentes proibidos de fazer greve que ignorem a proibição.

260 CE, 20 de janeiro de 1967, Req. n° 66321 e 66322.

261 Decisão CE, 8 de janeiro de 1992, n.º 90634 e 90635.

Poderão ser aplicadas várias sanções penais a um funcionário público no caso de a greve ser ilegal ou desqualificada²⁶². Uma greve pode dar origem a ações de responsabilidade civil, particularmente contra os sindicatos que tomaram a iniciativa do movimento. Assim, a não observância das disposições do artigo L. 2512-2 do Código do Trabalho (pré-aviso de cinco dias) constitui uma falta de sua parte, suscetível de implicar a sua responsabilidade perante a empresa vítima de uma greve convocada em condições irregulares²⁶³.

5. Conclusões

Apesar da multiplicação dos instrumentos e das tentativas de estruturar o diálogo social geral num sistema estritamente regulamentado, os sindicatos franceses sempre utilizaram as greves para paralisar os serviços públicos como meio de pressão.

As greves no setor público resultam da combinação da multiplicidade de sindicatos concorrentes, da sua posição relativamente fraca e da ausência de diálogo social, com a privatização progressiva de certos setores da função pública. A greve, que

262 No que diz respeito ao agente, podem ser cometidas várias infrações durante uma greve:

Infrações contra a pessoa:

Violência Artigos 222.7 e seguintes do Código Penal,

Ameaças Artigos 222.17 e seguintes do Código Penal,

Sequestro Artigo 224.1 do Código Penal,

Denúnciação caluniosa Artigos 226.10 e seguintes do Código Penal,

Violação do segredo, incluindo o segredo profissional Artigo 226.13 do Código Penal,

Infrações contra a propriedade:

Furto Artigos 311.1 e seguintes do Código Penal,

Destruição, degradação e deterioração de bens Artigos 322.1 e seguintes do Código Penal.

Ataques à autoridade do Estado:

Obstáculos ao exercício da liberdade de expressão, de trabalho, de associação, de reunião ou de manifestação N.ºs 1 a 2 do artigo 431.º e seguintes do Código Penal.

No que diz respeito aos gestores de serviços e aos funcionários eleitos, podem ocorrer várias infrações penais:

Assédio moral Artigo 222-33-2 do Código Penal,

Discriminação Artigos 225-1 a 225-4 do Código Penal,

Denúnciação caluniosa Artigos 226.10 e seguintes do Código Penal.

263 Soc, 6 de fevereiro de 1985: Juri-social 1985, F 53.

não é vista como um sinal de fracasso, mas como um meio de luta, é, portanto, comum²⁶⁴. Nos transportes públicos se tornou algo cotidiano²⁶⁵.

As greves políticas, mesmo que ilegais, são frequentes, como o demonstram os recentes protestos sociais contra a reforma da previdência de 2023.

Embora a densidade sindical no setor público francês não seja significativamente mais elevada do que no setor privado e seja também baixa para os padrões internacionais (7,8% no setor privado e 18,4% no setor público)²⁶⁶ os sindicatos do setor público apresentam maior poder de mobilização²⁶⁷. De acordo com os registos oficiais, o número de dias de trabalho perdidos devido a greves no setor público foi duas vezes superior ao do sector privado.

Neste íterim, surgiram outras formas de movimentos sociais de funcionários públicos visando exercer seu direito à greve. Por exemplo, em 2011 deu-se o que se designou por "*greve das audiências*" realizadas pelos magistrados, a qual visava contornar o artigo 10 da Portaria de 22 de dezembro de 1958, regularmente denunciada pelos sindicatos dos magistrados: a prática consistia em o magistrado, ao assegurar a audiência, adiar automaticamente o processo apresentado pelo oficial de justiça para uma data posterior, assegurando assim a continuidade do serviço público; as audiências urgentes (julgamentos criminais com réu preso, e.g.) eram, no entanto, asseguradas. Os movimentos policiais de outubro de 2016 utilizaram as "greves de zelo" organizadas pelos sindicatos, que consistiam apenas em atender a emergências.

O direito à greve em França, como direito de valor constitucional, exercido individualmente de forma coletiva, é cotidianamente exercido pelos sindicatos e contrapõe em

264 As greves no setor público são total ou parcialmente excluídas das estatísticas comunicadas à OIT. Este fato não deixa de influenciar o registo global de greves, uma vez que existe uma quantidade comparativamente grande de ações de greve neste sector, especialmente no decurso de greves políticas. Laulom e Leclerc, "Capítulo 6 França" em Mironi, M. e Schlachter, M (eds) 2019, *Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative 'Law in Action' Perspective*, Países Baixos: Wolters Kluwer International, p.145.

265 Os transportes coletivos não têm, regra geral, concorrência local. As pessoas que dependem dos transportes públicos veem a sua mobilidade fortemente limitada pelas greves. Desde os grandes movimentos grevistas dos anos 90 e 2000, uma parte da sociedade francesa tem vindo a questionar um sistema de negociação baseado no conflito social, tornando frequentemente os usuários reféns desse conflito.

266 Léger repli de la syndicalisation en France, Dares Analyses n°6, février 2023.

267 Sobre a mitologia da greve da função pública, ver, por exemplo, Chauvet, Guten Morgen, Frankreich! Der Streik im Öffentlichen Dienst in Frankreich 1995 in Marcks, Seiffert (eds.), *Die großen Streiks, Episoden aus dem Klassenkampf*, Münster, Unrast-Verlag, 2008 p. 123. Siwek-Pouydesseau, "Les grèves de fonctionnaires sous la IVe république", *Revue française d'administration publique*, vol. no108, no. 4, 2003 p. 533.

diversas ocasiões o Poder Público, entidades privadas e empregados em uma visão diferente, por vezes, sobre as condições de trabalho. No que tange à greve nos serviços públicos, algumas restrições proporcionais são necessárias a fim de balizar o interesse público e a ordem pública dos interesses individuais exercidos de forma coletiva. Fruto de uma jurisprudência constante, a greve no serviço público francês poderá inspirar outros países na construção de soluções equitativas e que não coloquem em risco a continuidade da prestação de serviços, sejam ou não essenciais.

REFERÊNCIAS:

Beckmann, **The Gutting of the Public Service : Liberalização, Privatização e Comercialização em França em : Bieling, Deckwirth Schmalz, Liberalisation and Privatisation in Europe: The Reorganisation of Public Infrastructure in the European Union**, Münster, Westfälisches Dampfboot 2008.

Bernaude, **La loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers est conforme à la Constitution**, Droit social 2012, 70.

CE, **Dehaene, n.º. 01645 de 7 de junho de 1950**, a seguir designado por "acórdão Dehaene".

CE 4 de fevereiro de 1966 nº62479, 62494 e 62495.

CE, 6 de dezembro de 1966 também CE 1 de Junho de 1984 nº22820.

CE, 12 de abril de 2013, Fédération FO Energie et Mines, Rec., p. 94, RFD adm. 2013, p. 637.

Conselho Constitucional, 25 de julho de 1979, n.º 79-105 DC.

Conselho Constitucional (Conseil constitutionnel), 16 de agosto de 2007, n.º 2007-556 DC

Conselho Constitucional n.º 79-105 DC 25 de julho de 1979, Rec., p. 33

Crouzatier-Durand & Kada (dir.), **Grève et droit public 70 ans de reconnaissance**. Actes de colloques de l'IFR, : Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ - Lextenso Editions 2017.

Kessler, **The Right to Strike: França**, em Waas (ed.), The Right to Strike. A Comparative View, Kluwers Law International, 2014, p. 207.

Ministère de la transformation publique, **DGAFP, Transforming the French Civil Service to Meet the Challenges of the 21st Century**, 2022

Soc, 27 de janeiro de 1956 in Dalloz 1956, 481, nota A. Gervais.

**UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR
INCAPACIDADE SOB A ÓTICA DA ORDEM SOCIAL: BEM-ESTAR E JUSTIÇA
SOCIAL**

**AN ANALYSIS OF SOCIAL SECURITY BENEFITS FROM THE PERSPECTIVE
OF SOCIAL ORDER: SOCIAL WELL-BEING AND JUSTICE**

Recebido em: 04/012/2023

Aprovado em: 11/06/2024.

Chaiana Ramos Rodrigues *
Suzete da Silva Reis *

RESUMO: O presente trabalho tem como tema de estudo os benefícios previdenciários pagos pelo Regime Geral de Previdência Social ao trabalhador por incapacidade. Nesse panorama, pretende-se verificar peculiaridades dos benefícios sob a ótica dos objetivos da ordem social: bem-estar e justiça social. O método adotado foi o dedutivo: a partir de uma análise bibliográfica de livros, artigos, dissertações e reportagens jornalísticas. O problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: a concessão de benefícios previdenciários tem observado o bem-estar e a justiça social? As conclusões do estudo estão baseadas em decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Após uma análise, concluiu-se que a previdência social protege os seus segurados, como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Palavras chave: *Previdência Social; benefícios previdenciários.*

ABSTRAT: The subject of this study is the social security benefits paid by the General Social Security Regime to workers due to disability. In this panorama, the aim is to verify the peculiarities of the benefits from the perspective of the objectives of the social order: well-being and social justice. The method adopted was deductive: based on a bibliographical analysis of books, articles, dissertations and journalistic reports. The research problem consists of the following question: has the granting of social security benefits

*Professora Universitária no Centro Universitário da Região da Campanha, Mestranda em Direito na Universidade De Santa Cruz do Sul/RS, graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), atual universidade Franciscana (UFN). Pós-graduada em Direito da Seguridade Social - Previdenciário e Prática Previdenciária e Pós-graduada em Direito do Trabalho com foco no acidente do Trabalho pela Faculdade Legale Educacional. Advogada especialista na área Previdenciária e Juíza Leiga no Juizado Especial Civil da Comarca de São Gabriel/RS.

* Doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre em Direito - Área de Concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior CAPES, pela UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Relações de Trabalho na contemporaneidade", vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC. Professora em cursos de Especialização *Latu Sensu* na área de Direito do Trabalho, em diversas universidades. Graduada em Pedagogia, pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1990).

observed well-being and social justice? The study's conclusions are based on decisions of the Federal Regional Court of the 4th Region. After an analysis, it was concluded that social security protects its insured persons, as a way of ensuring the dignity of the human person and the social values of work.

Keywords: *Social Security; social security benefits.*

1. Introdução

Com o objetivo de garantir a proteção adequada em situações adversas, os sistemas previdenciários típicos estão alinhados aos princípios constitucionais que regulam a proteção social (art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal), bem como ao princípio da solidariedade.

O estudo analisa os conceitos e princípios fundamentais que devem ser seguidos dentro da ordem social: bem-estar e justiça social, de forma a evitar interpretações divergentes das normas jurídicas de proteção (princípios e regras), o que pode, por consequência, causar a denegação indevida de benefícios previdenciários, seja no âmbito administrativo, seja na esfera jurisdicional.

Será feita uma apreciação da parte geral da Lei n.º 8.213/91²⁶⁸ (lei que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social) a qual apresenta alguns conceitos e institutos que devem ser utilizados de forma adequada pelo aplicador do Direito Previdenciário quando da incidência da norma protetiva que estabelece os requisitos para a concessão dos benefícios e serviços em questão.

A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção por motivo de incapacidade, e o estudo irá apontar algumas garantias consolidadas principalmente pela jurisprudência, instrução normativa e decretos.

Com fundamento no **princípio da seletividade e distributividade** na prestação dos benefícios, cabe ao legislador, dentro dos parâmetros constitucionais, selecionar as contingências sociais ensejadoras de proteção previdenciária e dos respectivos beneficiários. Por exemplo, o segurado incapacitado, por sua vez, pode ser protegido pela

²⁶⁸ BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 20 out., 2023.

aposentadoria por incapacidade permanente; pelo auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) e pelo auxílio acidente.

Assim, questiona-se se as decisões sobre concessão de benefícios por incapacidade via judicial estão amparadas nos objetivos da ordem social: bem-estar e justiça social. Para tanto, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, realizando um estudo acerca da Previdência Social. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica direta e indireta, uma vez que as informações foram obtidas por meio de artigos, livros, revistas, referenciais bibliográficos, dissertações, e da legislação.

2. A Previdência Social

O Instituto Nacional de Seguridade Social, INSS, é a Autarquia Federal que tem por finalidade promover o reconhecimento, pela Previdência Social, de direito ao recebimento de benefícios por ela administrados (art. 1º do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria do Ministério do Desenvolvimento Social n.º 414/2017). Criado em 1990 pela Lei n.º 8.029/90, resultou da fusão do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) com o IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência Social)²⁶⁹

Dentre os três subsistemas da Seguridade Social, a Previdência Social é o único cuja proteção está condicionada ao pagamento de contribuição direta por parte do segurado, que poderá resultar em benefício para ele ou para o(s) seu(s) dependente(s).

A Ordem Social tem como base o primado do trabalho e seus objetivos são o bem-estar e a justiça social. O trabalho e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito. O trabalho proporciona ao homem o seu sustento e o da sua família, o que leva à conclusão de que só há dignidade humana quando houver trabalho, ou seja, só o trabalho propicia bem-estar e justiça social.²⁷⁰

²⁶⁹ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. Direito Previdenciário. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

²⁷⁰ AGOSTINHO, Theodoro V. **Manual de Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555592399. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592399/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

Aqui no presente estudo serão analisados os benefícios previdenciários, por incapacidade, assegurados pelo Regime Geral de Previdência Social.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é gerenciado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Essa é a opção de filiação de todos os trabalhadores que estão ligados ao INSS através da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). Destina-se aos trabalhadores do setor privado e empregados públicos celetistas, objetivando a proteção previdenciária a essas classes de cidadãos.²⁷¹

O INSS, que tem natureza jurídica de autarquia federal e, por isso, descentralizada da Administração Direta, foi criado para exercer atividade típica do Estado, com autonomia gerencial e administrativa, na aferição dos pressupostos legais para a concessão de benefícios e serviços do RGPS (bem como do benefício assistencial de prestação continuada).

A Previdência Social é tratada na Constituição Federal de 1988²⁷² basicamente no art. 201. Segundo o caput do art. 201, a Previdência Social será organizada sob a forma de Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. De plano, da leitura deste artigo identificamos três princípios típicos do subsistema previdenciário, quais sejam: o caráter contributivo, a filiação obrigatória e o equilíbrio financeiro e atuarial.

Contudo, não é apenas no texto constitucional que vamos encontrar os princípios informadores da Previdência Social. O legislador ordinário elenca, na Lei n.º 8.213/91²⁷³, mais precisamente em seu art. 2º, outros princípios previdenciários, conforme percebe-se do dispositivo transcrito:

“Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

I – universalidade de participação nos planos previdenciários; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; IV – cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente; V – irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; VI – valor da renda mensal dos benefícios

²⁷¹ AGOSTINHO, Theodoro V. **Manual de Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555592399. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592399/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

²⁷² BRASIL. (Constituições). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

²⁷³ BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 20 out., 2023.

substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo;VII – previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;VIII – caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados”.

A contributividade da Previdência Social repousa na necessidade de o segurado recolher contribuições para ter direito às prestações previstas no plano de benefícios do regime. Assim, o reconhecimento de algum direito perante a previdência social requer a aferição da qualidade de segurado que, via de regra, é mantida por intermédio do recolhimento de contribuições específicas (contribuições previdenciárias).

Além da necessidade do recolhimento das contribuições previdenciárias, a Constituição da República de 1988 impõe a obrigatoriedade de filiação ao regime de previdência social. A pessoa que exerce uma atividade remunerada constitui uma relação jurídica com a Previdência Social de forma cogente, passando a ser filiada (segurada) do sistema previdenciário. O trabalhador não tem a opção de não se filiar ao regime previdenciário correspondente (geral ou próprio) na medida em que, exercendo atividade remunerada que lhe imponha a filiação obrigatória a algum regime de previdência social, passa a ser filiado obrigatório deste regime.

Nesse sentido, dispõe expressamente o § 12 do art. 9º do Decreto n.º 3.048/99²⁷⁴: “o exercício de atividade remunerada sujeita a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social”. Portanto, o exercício da atividade remunerada configura o elemento fático que gera a filiação ao regime previdenciário e, por consequência, o dever de recolher as contribuições previdenciárias.

O regime previdenciário deve ser equilibrado. Este equilíbrio apresenta dois aspectos: financeiro e atuarial. O equilíbrio financeiro deve ser entendido como a capacidade financeira do sistema de fazer frente às despesas com o pagamento dos benefícios previdenciários, de forma imediata. Portanto, o equilíbrio financeiro tem um parâmetro temporal restrito, considerando as necessidades atuais do sistema. Portanto, é um equilíbrio de curto prazo, mas que o sistema deve procurar sempre manter.²⁷⁵

²⁷⁴ BRASIL. **Decreto n.º 3.048 de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 18 set., 2023.

²⁷⁵ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

O equilíbrio atuarial, por sua vez, impõe o conhecimento da ciência atuarial (atuária), que é a área do conhecimento humano que tem por finalidade analisar os riscos e expectativas financeiras e econômicas relacionadas, sobretudo, na gestão de seguros e pensões. Possui parâmetro temporal mais amplo, ou seja, considera as necessidades do sistema a médio e a longo prazo. O equilíbrio atuarial apresenta maior grau de complexidade na medida em que se deve levar em conta os aspectos demográficos da população (envelhecimento, expectativa de sobrevida, tempo de atividade etc.) e os riscos que impõem necessidades sociais a serem enfrentadas pelo sistema, elaborando modelos matemáticos que indiquem, *ad futurum*, as receitas previdenciárias necessárias para que os benefícios previdenciários sejam mantidos.²⁷⁶

Nesse ponto das contribuições com fundamento nos objetivos da ordem social, segundo o art. 201, § 12, da Constituição Federal/88, com a redação dada pela EC n.º 103/2019²⁷⁷, a lei instituirá sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas diferenciadas, para atender aos trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda.

O escopo do sistema especial de inclusão previdenciária, sem dúvida, é a ampliação subjetiva da proteção previdenciária. A pessoa que não contribuía para a Previdência Social (em virtude de seu alto custo) poderá passar a ter condição financeira de suportar o pagamento da contribuição previdenciária (haja vista redução da alíquota). Vale dizer: quem não possuía proteção previdenciária poderá tornar-se segurado do RGPS.²⁷⁸

A EC n.º 103/2019 passou a fazer referência, no § 12 do art. 201, da Constituição Federal/88, ao trabalhador que se encontra em situação de informalidade. Logicamente, o dispositivo não está tratando das hipóteses de fraude à relação de emprego, mas daquele

²⁷⁶ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

²⁷⁷ BRASIL. **EC n.º 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 out., 2023.

²⁷⁸ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

indivíduo que trabalha por conta própria e que já seria enquadrado como contribuinte individual.

Evidentemente, como os benefícios garantidos pelo sistema de inclusão previdenciária serão fixados em um salário-mínimo, o valor do salário de contribuição também está limitado ao salário-mínimo. O sistema especial de inclusão previdenciária, quando foi regulamentado, passou a ser chamado de plano simplificado de previdência social (PSPS), estando atualmente previsto no art. 21, § 2º, da Lei n.º 8.212/91.

Pela leitura do regramento legal, percebe-se que a adesão ao plano não implica apenas a vantagem de pagar uma contribuição reduzida. Com efeito, quem aderir ao plano simplificado terá uma cobertura previdenciária mais restrita, sem direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição e à contagem recíproca de tempo de contribuição (ressalvada a possibilidade de complementação da contribuição, na forma do art. 21, § 3º, da Lei n.º 8.212/91). E mais, o indivíduo que aderir ao Plano Simplificado só pode contribuir sobre o salário-mínimo. Consequentemente, a priori, só poderá receber um salário-mínimo.

Mas há um detalhe importante: como a Emenda Constitucional n.º 103/2019 passou a vedar a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição (ressalvados apenas o direito adquirido e as regras de transição), a restrição referente à impossibilidade de recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição perdeu completamente o sentido.

A propósito, o art. 51, § 2º, combinado com o art. 199-A, § 2º, do Regime Previdência Social deixam a entender que é possível a concessão de aposentadoria programada nos casos de recolhimento no plano simplificado, vedando-se apenas a aposentadoria por tempo de contribuição (existente no cenário anterior à EC n.º 103/2019 e em suas regras de transição) e contagem recíproca sem que tenha ocorrido a complementação.

Adotar a tese de impossibilidade de concessão da aposentadoria programada em caso de recolhimento no plano simplificado é simplesmente acabar com esta política de inclusão previdenciária. Por outro lado, admitir a concessão da aposentadoria programada de forma indiscriminada significa fulminar a incidência da complementação, com a garantia de recolhimento em plano simplificado sem qualquer complementação, salvo na hipótese de contagem recíproca. Nesse cenário, se entende que na atual ambiência

normativa o segurado que adere ao plano simplificado de recolhimento faz jus à aposentadoria programada.²⁷⁹

A alíquota de 5% passou a estar prevista a partir da Lei n.º 12.470/2011²⁸⁰, que previu sua incidência em duas situações: 1ª) no caso do microempreendedor individual (MEI), de que trata o art. 18-A da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006; 2ª) do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente à família de baixa renda (basicamente, as donas de casa). Nesse contexto, considera-se de baixa renda, para os fins do disposto na alínea b do inciso II do § 2º desse artigo, a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico, cuja renda mensal seja de até dois salários-mínimos.

Vale salientar a existência de controvérsia em relação à flexibilização dos requisitos para reconhecimento da condição de segurado sem renda própria para fins de enquadramento na regra de inclusão previdenciária que permite o recolhimento da contribuição no percentual de 5% (cinco por cento).

Em muitos casos concretos, objetos de judicialização, busca o segurado o apontamento de que rendas irrisórias ou informais não têm o condão de afastar a proteção previdenciária específica, diante do público que a legislação pretende abarcar. Por outro lado, o INSS tem sido rigoroso na análise do critério de segurado facultativo sem renda própria, sob o argumento de que se trata de benesse excepcional, que exige uma interpretação restritiva.

A Turma Nacional de Uniformização julgou o Tema Representativo de Controvérsia n.º 241 (PEDILEF 0179893-64.2016.4.02.5151, julgado em 21-10-2021), com definição da tese no sentido de que o exercício de atividade remunerada, mesmo que informal ou de baixa expressa econômica (rendimentos irrisórios), obsta o enquadramento como segurado facultativo de baixa renda, a teor do que dispõe o art. 21,

²⁷⁹ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

²⁸⁰ BRASIL. **Lei n.º 12.470 de 31 de agosto de 2011**. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social,... Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm. Acesso em: 22 set., 2023.

§ 2º, inciso II, alínea b, da Lei n.º 8.212/91, sendo empecilho a validação das contribuições recolhidas sob a alíquota de 5% (cinco por cento).

De acordo com o entendimento firmado pela Turma Nacional de Uniformização (Tema n.º 181), julgado em 21-11-2018, a prévia inscrição no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico é requisito essencial para validação das contribuições previdenciárias vertidas na alíquota de 5% (art. 21, § 2º, inciso II, alínea b e § 4º, da Lei n.º 8.212/91, redação dada pela Lei n.º 12.470/2011), e os efeitos dessa inscrição não alcançam as contribuições feitas anteriormente.

Vale destacar ainda que a TNU decidiu o Tema Representativo de Controvérsia n.º 285 (julgado em 12-11-2021), fixando a tese de que “a atualização/revalidação extemporânea das informações do CadÚnico, realizada antes da exclusão do cadastro na forma regulamentar, autoriza a validação retroativa das contribuições pela alíquota de 5%, desde que comprovados os requisitos de enquadramento como segurado facultativo, na forma do art. 21, § 2º, II, alínea b, da Lei n.º 8.212/91”²⁸¹.

O que deve ser observado como analogia aos objetivos da ordem social é que a adesão ao plano simplificado de previdência social não é definitiva, muito menos irreatável. Nos termos do mencionado art. 21, § 3º, da Lei n.º 8.212/91, o segurado que aderir ao plano e pretenda contar o tempo de contribuição correspondente para fins de obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição ou até mesmo para recebimento de benefício por incapacidade, caso não fique comprovado o seu enquadramento no baixa renda, deverá complementar a contribuição mensal mediante recolhimento, sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário de contribuição em vigor na competência a ser complementada, da diferença entre o percentual pago e o de 20% (vinte por cento), acrescido dos juros moratórios. Essa contribuição complementar será exigida a qualquer tempo, sob pena de indeferimento do benefício.

Com fundamento no **princípio da seletividade e distributividade** na prestação dos benefícios, cabe ao legislador, dentro dos parâmetros constitucionais, selecionar as contingências sociais ensejadoras de proteção previdenciária e dos respectivos

²⁸¹ BRASIL. Lei n.º 8.212 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 10 out., 2023.

beneficiários, esse é o entendimento da Jurisprudência do Tribunal Regional da 4ª Região, assim vejamos:

EMENTA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO. REQUISITOS. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. QUALIDADE DE SEGURADA NA DII. SEGURADA FACULTATIVA DE BAIXA RENDA. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. São três os requisitos para a concessão dos benefícios por incapacidade: a) a qualidade de segurado; b) o cumprimento do período de carência de 12 contribuições mensais; c) a incapacidade para o trabalho, de caráter permanente (aposentadoria por invalidez) ou temporária (auxílio-doença). 2. Comprovada a incapacidade total e permanente, a partir da data fixada no laudo judicial. Não há provas de que persiste o quadro incapacitante desde a DER. 3. O INSS não comprovou ter requerido administrativamente à parte autora os documentos para regularização dos recolhimentos como segurada facultativa de baixa renda, e sequer esclareceu quais irregularidades seriam estas, deixando de cumprir com seu ônus probatório (art. 373, II, CPC). 4. Para enquadramento na modalidade de recolhimento como segurado facultativo de baixa renda, é preciso que o segurado: a) não aufera renda própria, permitindo-se apenas o desempenho de atividades do lar; e b) pertença à família de baixa renda. Embora a autora tenha declarado, durante o exame judicial, que se tratava de "doméstica", é possível flexibilizar o conceito de segurado de baixa renda, nos casos em que a pessoa exerça algumas atividades mínimas, como pequenos bicos, para o sustento da sua casa. O significado "renda própria", deve ser compreendido como o não exercício de atividade remunerada que enseje a sua filiação obrigatória ao RGPS, a fim de não excluir aquele que possui uma renda esporádica, que muitas vezes nem chega ao valor de um ou dois salários-mínimos. 5. Suficientemente demonstrada a validade das contribuições que a autora recolheu a título de segurada facultativa de baixa renda e comprovada a carência, a requerente faz jus à aposentadoria por invalidez. 6. Quando a incapacidade tem início após a formulação do requerimento administrativo, mas antes da citação do INSS, o benefício deve ser concedido a partir da data da citação, na medida em que, desde a juntada do laudo médico judicial, a ré teve ciência de que a parte autora encontrava-se incapacitada, sem que houvesse reconhecimento do pedido. Logo, deve ser concedido o benefício, desde a data da citação, até a data do falecimento da segurada. 7. A correção monetária incidirá a contar do vencimento de cada prestação e será calculada observando-se os seguintes critérios: pelo INPC (benefícios

previdenciários) a partir de 04/2006 (Lei n.º 11.430/06, que acrescentou o artigo 41-A à Lei n.º 8.213/91), conforme decisão no RE n.º 870.947/SE (Tema 810, item 2), DJE de 20/11/2017, e no REsp n.º 1.492.221/PR (Tema 905, item 3.2), DJe de 20/03/2018; pelo índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), a partir de 09/12/2021, nos termos do artigo 3º da EC 113/2021. 8. A partir de 30/06/2009, os juros moratórios serão computados de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o artigo 5º da Lei n.º 11.960/09, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei n.º 9.494/97, consoante decisão no RE n.º 870.947/SE (Tema 810), DJE de 20/11/2017 e no REsp n.º 1.492.221/PR (Tema 905), DJe de 20/03/2018. A partir de 09/12/2021, haverá incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), acumulado mensalmente, nos termos do artigo 3º da EC 113/2021. 9. Invertida a sucumbência e condenado o INSS ao pagamento da verba honorária pelo percentual mínimo das faixas de valor previstas no § 3º do art. 85 do CPC, a incidir sobre as prestações vencidas até a data de julgamento deste recurso. (TRF4, AC 5010165-14.2020.4.04.7003, DÉCIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 01/09/2023).²⁸²

Dá análise do julgado entende o Tribunal que para enquadramento na modalidade de recolhimento como segurado facultativo de baixa renda, é preciso que o segurado: a) não aufera renda própria, permitindo-se apenas o desempenho de atividades do lar; e b) pertença à família de baixa renda. Porém, da análise do caso concreto é possível flexibilizar o conceito de segurado de baixa renda, nos casos em que a pessoa exerça algumas atividades mínimas, como pequenos bicos, para o sustento da sua casa. O significado "renda própria", deve ser compreendido como o não exercício de atividade remunerada que enseje a sua filiação obrigatória ao RGPS, a fim de não excluir aquele que possui uma renda esporádica, que muitas vezes nem chega ao valor de um ou dois salários-mínimos.

Por essa razão, no julgado acima, embora a segurada facultativa tenha declarado que se tratava de "doméstica", demonstrada a validade das contribuições que a autora recolheu a título de segurada facultativa de baixa renda e comprovada a carência, a requerente fez jus à aposentadoria por invalidez diante da flexibilização do conceito de

²⁸² TRF4, AC 5010165-14.2020.4.04.7003, DÉCIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 01/09/2023

baixa renda, o que demonstra a observância pelo Tribunal dos objetivos da ordem social: bem-estar e justiça sociais.

3. Os Benefícios Previdenciários por Incapacidade

Os benefícios previdenciários que serão analisados nesse trabalho são os por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária, aposentadoria por incapacidade permanente e auxílio-acidente).

Inicia-se pelo auxílio-doença (auxílio por incapacidade temporária), conforme disposto no art. 59 da Lei n.º 8.213/91, o auxílio-doença (auxílio por incapacidade temporária) será devido ao segurado que, após cumprida, quando for o caso, a carência exigida, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

A regra é que o auxílio-doença (auxílio por incapacidade temporária) somente será concedido a quem sustenta a qualidade de segurado quando da ocorrência do evento determinante. É benefício devido a todos os segurados do Regime Geral Previdência Social (segurados obrigatórios e segurado facultativo), bem como às pessoas que estejam em período de graça (que, é aquela que não contribui para a Previdência Social, mas conserva a qualidade de segurado perante o Regime Geral Previdência Social).

Excepcionalmente, admite-se a concessão do benefício ao indivíduo que não mais ostenta a qualidade de segurado, desde que a perda dessa condição seja decorrente da própria patologia incapacitante. Nesse sentido, foi editada a Súmula 26 da AGU: “Para a concessão de benefício por incapacidade, não será considerada a perda da qualidade de segurado decorrente da própria moléstia incapacitante”.²⁸³

Como garantia da ordem social observa-se em sentido análogo, a jurisprudência do Tribunal Federal Regional da 4ª Região **que** entendeu que o segurado que deixa de contribuir para a Previdência Social, por estar incapacitado para o labor, não perde a qualidade de segurado.

²⁸³ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL: AC 50209821020194049999 5020982-10.2019.4.04.9999

Jurisprudência • Acórdão • Data de publicação: 23/11/2021. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE LABORAL ANTERIOR À DER. PERÍODO DE GRAÇA. 1. Tratando-se de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o Julgador firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. 2. Considerando as conclusões do perito judicial de que a parte autora está total e temporariamente incapacitada para o exercício de atividades laborativas, é devido o benefício de auxílio-doença. 3. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, àquele que deixar de exercer atividade remunerada, período que pode ser estendido por mais 12 meses em caso de desemprego comprovado. 4. A situação de desemprego, que autoriza a prorrogação do período de graça, pode ser comprovada por qualquer meio idôneo, e não apenas pelo registro em órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, pois, no âmbito judicial, o sistema de tarificação legal de provas não se sobrepõe ao livre convencimento motivado do juiz. 5. Não perde a qualidade dessegurado aquele que deixa de contribuir para a Previdência Social por estar incapacitado para o trabalho, uma vez comprovado nos autos que deveria ter recebido o benefício em razão da incapacidade.²⁸⁴

Na sequência de alterações legislativas pautadas no objetivo da ordem social têm-se o segurado recolhido à prisão, que de acordo com MP n.º 871/2019, posteriormente convertida na Lei n.º 13.846/2019, estabeleceu um requisito para a concessão ou manutenção do auxílio-doença (auxílio por incapacidade temporária): não estar o segurado recolhido ao sistema prisional em regime fechado. Caso o segurado esteja recluso em cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, terá direito à percepção do auxílio-doença (auxílio por incapacidade temporária).

A concessão de auxílio-doença (auxílio por incapacidade temporária) pressupõe o cumprimento da carência de **doze contribuições mensais**. Contudo, **há duas hipóteses em que a carência não será exigida:** a) acidentes de qualquer natureza (acidente do trabalho + equiparações legais a acidente do trabalho + acidente extralaboral); b) quando o segurado, após filiar-se ao RGPS, for acometido por alguma das doenças previstas em portaria interministerial.²⁸⁵

²⁸⁴ TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL: AC 50209821020194049999 5020982-10.2019.4.04.9999

²⁸⁵ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

Nesse ponto de a pesquisa sobre a “carência na percepção do benefício previdenciário” importante ressaltar como prevalência da justiça social a análise do caso concreto de **Ausência de incapacidade e portador do vírus HIV**: via de regra, o que gera o direito ao auxílio-doença (auxílio por incapacidade temporária) não é a doença, e sim a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual do segurado. Porém, excepcionalmente, para a Turma Nacional de Uniformização, admite-se a possibilidade de concessão de amparo protetor da seguridade social, mesmo quando ausente a incapacidade propriamente dita.

A propósito, na sessão realizada em 11 de setembro de 2014, a **Turma Nacional de Uniformização** editou a **Súmula 78** com o seguinte teor: “Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença”. Esse entendimento foi reafirmado em julgamentos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, há, portanto, uma avaliação de incapacidade que refoge aos estritos termos de avaliação inerentes às demais moléstias.

EMENTA:PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO/DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PORTADORA DE HIV. 1. O juízo não está adstrito às conclusões do laudo médico pericial, nos termos do artigo 479 do CPC, podendo discordar, fundamentadamente, das conclusões do perito em razão dos demais elementos probatórios coligido aos autos. **2.** Hipótese em que, consideradas as condições pessoais do segurado, associadas ao estigma social da doença e à dificuldade de inserção no mercado de trabalho, é devida a concessão do auxílio-doença, desde a data do requerimento administrativo, e sua conversão em aposentadoria por invalidez a partir da perícia. (TRF4, AC 5012451-95.2020.4.04.9999, NONA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 21/08/2020).²⁸⁶

Basicamente, argumenta-se que no caso dos portadores do HIV, **mesmo os assintomáticos**, a incapacidade/deficiência transcende a mera limitação física, e repercute na esfera social do requerente, segregando-o do mercado de trabalho.

²⁸⁶ TRF4, AC 5012451-95.2020.4.04.9999, NONA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 21/08/2020

Em 23 de setembro de 2021, a **Turma Nacional de Uniformização** julgou o **Tema Representativo de Controvérsia n.º 274**, fixando a seguinte tese: “é possível a concessão de aposentadoria por invalidez, após análise das condições sociais, pessoais, econômicas e culturais, existindo incapacidade parcial e permanente, no caso de outras doenças, que não se relacionam com o HIV, mas que sejam estigmatizantes e impactem significativa e negativamente na funcionalidade social do segurado, entendida esta como o potencial acesso e permanência no mercado de trabalho”.²⁸⁷

Importante destacar que a **Turma Nacional de Uniformização** no referido julgamento estendeu ainda mais a tese sumulada anteriormente, de modo a reconhecer esta análise ampliada de incapacidade para outras moléstias, não se restringindo ao HIV, tendo utilizado como exemplo a hanseníase, o câncer de pele e o lúpus eritematoso.

O segundo benefício em análise nesta pesquisa e seus pontos que se identificam com os objetivos da ordem social é aposentadoria por incapacidade permanente (nova denominação da aposentadoria por invalidez). A aposentadoria por incapacidade permanente será concedida ao segurado que for considerado **incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (incapaz total e permanentemente para qualquer trabalho)**.

Nesse sentido, foi editada a **Súmula 47 da Turma Nacional de Uniformização**: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”. Essa também é a posição atual do **Superior Tribunal de Justiça** (AgRg no AREsp 283.029/SP, *DJe*15-4-2013). Por outro lado, segundo a **Súmula 77 da Turma Nacional de Uniformização**, o julgador não está obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual. Porém, é bom advertir que a própria TNU ressalva a possibilidade de o julgador fazer essa análise sempre que ele entender cabível, segundo o seu livre convencimento motivado.²⁸⁸

²⁸⁷ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

²⁸⁸ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

Indo além, a **Turma Nacional de Uniformização** julgou, em 23 de setembro de 2021, o **Tema Representativo de Controvérsia n.º 274**, fixando a tese de que “é possível a concessão de aposentadoria por invalidez, após análise das condições sociais, pessoais, econômicas e culturais, existindo incapacidade parcial e permanente, no caso de outras doenças, que não se relacionem com o vírus HIV, mas que sejam estigmatizantes e impactem significativa e negativamente na funcionalidade social do segurado, entendida esta como o potencial de acesso e permanência no mercado de trabalho”. Vê-se, portanto, que a **Turma Nacional Uniformização** avançou nas hipóteses de concessão da aposentadoria por incapacidade permanente em razão do estigma que acomete o segurado e indicando a necessidade de avaliação de elementos culturais, pessoais e sociais.

Na mesma linha de proteção social com base no bem-estar do segurado é possível ainda elencar o benefício da Grande invalidez, que segundo o art. 45 da Lei n.º 8.213/91, o valor da aposentadoria por invalidez (aposentadoria por incapacidade permanente) do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). Trata-se do benefício da grande invalidez.

De acordo com o Anexo I do Decreto n.º 3.048/99²⁸⁹, o aposentado por invalidez tem direito à majoração de 25% nos seguintes casos: 1 – Cegueira total; 2 – Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta; 3 – Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores; 4 – Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível; 5 – Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível; 6 – Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível; 7 – Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social; 8 – Doença que exija permanência contínua no leito; e 9 – Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

O que diferencia este benefício é que, **o acréscimo de 25% será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal**(art. 45, inciso I, do RPS). Assim, somando-se a renda mensal da aposentadoria por invalidez (aposentadoria por incapacidade permanente) com esse acréscimo, o segurado poderá receber do INSS valor superior ao teto do RGPS.

²⁸⁹ BRASIL. **Decreto n.º 3.048 de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 18 set., 2023.

Ademais, o acréscimo de 25% relativo à grande invalidez é um **direito personalíssimo**, ou seja, cessa com a morte do aposentado, **não sendo incorporável ao valor da pensão** (art. 45, parágrafo único, alínea c, da Lei n.º 8.213/91), e o fato gerador da grande invalidez é a necessidade de assistência permanente de terceiro, sendo irrelevante saber se ela é prestada por um membro da família ou por um cuidador profissional.

A Turma Nacional de Uniformização vinha entendendo que o adicional de 25% de auxílio de terceiro é devido desde a concessão da aposentadoria por invalidez, se comprovada desde então a necessidade de assistência permanente, sem a exigência de apresentação de pedido específico sobre o acréscimo por ocasião do requerimento administrativo.

Recentemente o Tribunal Regional Federal (TRF4/RS) decidiu, por unanimidade, pela concessão do acréscimo de 25% sobre o valor da aposentadoria por invalidez permanente a um homem de 53 anos de idade, residente de Joinville (SC), com restrição motora associada a doenças vasculares e necessidade de assistência de terceiros para atividades cotidianas. O autor recorreu da sentença ao TRF4. No recurso, ele pleiteou que o adicional fosse pago retroativamente desde a concessão da aposentadoria, que ocorreu em dezembro de 2009.

O desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, relator do caso na Corte, votou por dar provimento ao apelo do homem. “Tendo o perito judicial constatado que o autor possui incapacidade permanente para toda e qualquer atividade desde 2010, não há razão para se estabelecer a necessidade de assistência permanente de terceiros somente a partir de fevereiro de 2019, se o quadro clínico já era bastante crítico quando sobreveio a incapacidade permanente para o trabalho e a concessão do benefício previdenciário”, destacou o magistrado.

Por fim será analisado o auxílio acidente que pressupõe o cumprimento dos seguintes requisitos legais: **1º**) o enquadramento previdenciário como segurado empregado, empregado doméstico (Lei Complementar n.º 150/2015), trabalhador avulso ou segurado especial; **e 2º**) o fato gerador: redução da capacidade para o trabalho habitual em razão de acidente de qualquer natureza.

E veja, o auxílio-acidente independe de carência conforme previsão expressa do (art. 26, inciso I, da Lei de Benefícios).

Ao contrário da aposentadoria por incapacidade permanente e do auxílio por incapacidade temporária, o auxílio-acidente é um **benefício de concessão restrita**. Com efeito, segundo a atual redação do art. 18, § 1º, da Lei n.º 8.213/91²⁹⁰, o auxílio-acidente somente é devido para o empregado; o empregado doméstico (incluído pela Lei Complementar n.º 150/2015); o trabalhador avulso e o segurado especial. Conseqüentemente, o contribuinte individual e o segurado facultativo não têm direito ao benefício.

Nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei n.º 6.932/81 e do art. 9º, § 15, X, do Decreto n.º 3.048/99, o médico-residente enquadra-se como contribuinte individual. Portanto, sob a égide da legislação previdenciária atual, o **médico-residente não tem direito ao auxílio-acidente**.

Agora importante ressaltar que, a atual Instrução Normativa do Instituto Nacional do Seguro Social reconhece o direito do médico-residente ao benefício, quando o acidente tiver ocorrido antes de 26 de novembro de 2001, data da publicação do Decreto n.º 4.032/2001 (art. 352, § 3º, da IN n.º 128/2022).

Ainda, como objetivo da ordem social e justiça o Decreto n.º 6.722/2008 deu nova redação ao art. 104, § 7º, do Decreto n.º 3.048/99, tornando possível a concessão de auxílio-acidente oriundo de acidente de qualquer natureza ocorrido durante o período de manutenção da qualidade de segurado (que é o período de graça), desde que atendidas as condições inerentes à espécie.

Dizer que o auxílio-acidente é concedido em razão da redução da capacidade para a atividade habitual implica reconhecer a possibilidade de seu beneficiário continuar exercendo essa atividade, sem prejuízo do benefício. Deveras, quem está em gozo de auxílio-acidente pode continuar exercendo o seu trabalho habitual. É o que dispõe o art. 104, § 2º, do Decreto n.º 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto n.º 10.410/2020: “O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio por

²⁹⁰ BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 20 out., 2023.

incapacidade temporária, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria”.

De qualquer modo, importante que o auxílio por incapacidade temporária não é cumulável quando há o retorno do segurado a sua atividade habitual, enquanto o auxílio-acidente é legalmente cumulável em razão da sua natureza indenizatória.

O **Superior Tribunal de Justiça** pacificou o entendimento de que o auxílio-acidente é devido **ainda que mínima a lesão ou a possibilidade de sua reversão**, porquanto o nível do dano e, conseqüentemente, o grau do maior esforço não interferem na sua concessão²⁹¹²⁹²

A tese de que é devido o auxílio-acidente ainda que o nível de dano seja mínimo também vem sendo aplicada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA:PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REQUISITOS. LAUDO TÉCNICO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA OCUPAÇÃO HABITUAL. GRAU MÍNIMO. PRESTAÇÕES INACUMULÁVEIS. COMPENSAÇÃO. DEFLAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TEMAS 810 DO STF E 905 DO STJ. JUROS DE MORA. EC 113/2021. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS PERICIAIS. TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. 1. Quatro são os requisitos para a concessão de auxílio-acidente: (a) qualidade de segurado; (b) (a) qualidade de segurado; (b) a superveniência de acidente de qualquer natureza; (c) a redução parcial da capacidade para o trabalho habitual, e (d) o nexo causal entre o acidente e a redução da capacidade. 2. A incapacidade laboral é comprovada por meio de exame médico pericial e o julgador firma a sua convicção, em regra, com base no laudo técnico. Embora não esteja adstrito à perícia, é inquestionável que a controvérsia cuja solução dependa de prova técnica, o magistrado somente poderá recusar a conclusão do laudo com amparo em robusto contexto probatório, uma vez que o perito do juízo se encontra em posição equidistante das partes, mostrando-se imparcial e com mais credibilidade. 3. É devido o benefício de auxílio-acidente quando fica comprovado que a parte autora padece, após acidente de qualquer natureza, de

²⁹¹ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

²⁹² **Tema Repetitivo n. 416** – REsp 1.109.591/SC, julgado em 25-8-2010

sequela irreversível que acarrete redução da capacidade laboral, ainda que mínima, para o exercício da atividade exercida ao tempo do sinistro. 4. Devem ser abatidos das prestações devidas na presente demanda os valores eventualmente já adimplidos pelo INSS a título de benefício inacumulável no mesmo período, seja administrativamente ou em razão de antecipação de tutela. 5. Aplicam-se os índices de deflação no cômputo da correção monetária do crédito judicial previdenciário, porquanto não há ofensa aos princípios constitucionais da irredutibilidade e da preservação do valor real dos proventos. 6. A correção monetária das parcelas vencidas dos benefícios previdenciários será calculada conforme a variação do IGP-DI de 05/96 a 03/2006, e do INPC, a partir de 04/2006, observando-se a aplicação do IPCA-E sobre as parcelas vencidas de benefícios assistenciais (Temas 810 do STF e 905 do STJ). Os juros de mora devem incidir a contar da citação (Súmula 204 do STJ), na taxa de 1% (um por cento) ao mês, até 29 de junho de 2009. A partir de 30 de junho de 2009 serão computados uma única vez, sem capitalização, segundo percentual aplicável à caderneta de poupança. No entanto, para fins atualização monetária e juros de mora, com início em 09/12/2021, haverá a incidência uma única vez até o efetivo pagamento do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente (art. 3º da EC 113/2021). 7. Na hipótese, em face da inversão da sucumbência, o INSS deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios no patamar mínimo de cada uma das faixas de valor, considerando as variáveis dos incisos I a IV do § 2º e § 3º do artigo 85 do CPC/2015, incidente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença ou do acórdão (Súmulas nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e nº 76 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região). 8. Honorários periciais a cargo da parte vencida. Caso a referida despesa processual tenha sido antecipada pela administração da Justiça Federal, seu pagamento deverá ser realizado mediante reembolso, nos termos do art. 32 da Resolução 305/2014, do Conselho da Justiça Federal. 9. Reconhecido o direito da parte autora, impõe-se a imediata implantação do benefício no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, nos termos do art. 497 do CPC/2015. (TRF4, AC 5022908-55.2021.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator para Acórdão ADRIANE BATTISTI, juntado aos autos em 16/10/2023)²⁹³

No REsp 1.112.886/SP (**Tema Repetitivo n.º 156**), o **STJ** fixou a orientação de que a concessão do auxílio-acidente depende do reconhecimento do nexos causal entre a

²⁹³ TRF4, AC 5022908-55.2021.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator para Acórdão ADRIANE BATTISTI, juntado aos autos em 16/10/2023

moléstia incapacitante e o trabalho exercido pelo segurado, **sendo desnecessário investigar a irreversibilidade da doença.**

O art. 104 do Decreto n.º 3.048/99 ainda previa, no seu inciso III, a concessão do auxílio-acidente quando o segurado ficar impossibilitado de exercer sua atividade habitual, porém, com possibilidade de desempenhar outra função, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do INSS.

Com efeito, ainda que o referido inciso III tenha sido revogado pelo Decreto n.º 10.410/2020, entende-se que essa continua sendo uma hipótese de concessão do auxílio-acidente, na medida em que o preenchimento dos requisitos do art. 86 da Lei de Benefícios e a indicação de processo de reabilitação profissional com posterior reinserção no mercado de trabalho devem sim garantir a proteção previdenciária em tela.²⁹⁴

O art. 104, § 4º, do Decreto n.º 3.048/99 dispõe que não darão ensejo ao auxílio-acidente as seguintes situações: a) quando o segurado apresentar danos funcionais ou redução da capacidade funcional sem repercussão na capacidade laborativa; e b) quando houver mudança de função, mediante readaptação profissional promovida pela empresa, como medida preventiva, em decorrência de inadequação do local de trabalho.

O auxílio acidente indeniza a redução da capacidade para o trabalho habitual, decorrente de um acidente de qualquer natureza. Não há o que substituir, até porque o beneficiário da prestação pode continuar exercendo o seu trabalho habitual. Por não se tratar de benefício substituto da renda do trabalhador, o auxílio-acidente pode ser inferior ao salário-mínimo.

4. Conclusões

Na leitura da realidade do sistema previdenciário sabe-se que inúmeros são os desafios que os segurados suportam, todavia na esfera judicial têm se notado uma maior observância dos preceitos fundamentais e flexibilização das normas ao caso concreto.

Na totalidade da análise do descrito, algumas contradições se explicitam. Por um lado, a Previdência, que se apresenta à sociedade como potencial solucionadora dos

²⁹⁴ LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. **Direito Previdenciário**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

problemas da proteção social. Por outro lado, em sua função coordenadora limita através de regras o alcance desses direitos pelos trabalhadores na esfera judicial, todavia o judiciário Brasileiro na maioria dos casos é o real concessor dos benefícios previdenciários principalmente nos casos de geram em torno da “incapacidade” do segurado.

Importante destacar que o Sistema Previdenciário solidário significa que uma geração contribui para que a geração anterior usufrua, pois assim o sistema se sustenta e se auto mantém. Dessa forma, entre outros eventos, a Previdência Social atende à cobertura de doenças incapacitantes e, invalidez que retira o segurado do mercado de trabalho e lhe garante segundo os preceitos fundamentais de ordem social: bem-estar e justiça social.

A Previdência Social é um patrimônio de cada brasileiro, ela acolhe, dá guarida, sustenta, e assegura as necessidades dos seus segurados. Assim, as decisões e alternativas postas pelas situações objetivas podem ser mais bem significativas em cada caso concreto quando estão asseguradas diante dos objetivos da Constituição Brasileira, conforme observado da análise dos julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região neste trabalho.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro V. **Manual de Direito Previdenciário**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555592399. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592399/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. (**Constituições**). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.029 de 12 de abril de 1990**. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18029cons.htm. Acesso em: 17 set., 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 20 out., 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.212 de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 10 out., 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 3.048 de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 18 set., 2023.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n.º 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei n.º 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n.º 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 22 out., 2023.

BRASIL. **Lei n.º 12.470 de 31 de agosto de 2011.** Altera os arts. 21 e 24 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social,... Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm. Acesso em: 22 set., 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.846 de 18 de junho de 2019.** Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade... Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113846.htm. Acesso em: 10 out., 2023.

BRASIL. **EC n.º 103, de 12 de novembro de 2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 out., 2023.

LEITÃO, André S.; MEIRINHO, Augusto Grieco S.; LIMA, Alexandre César Diniz M. Direito Previdenciário. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599961/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

Portaria do Ministério do Desenvolvimento Social n.º 414/2017).

RIO GRANDE DO SUL. TRF4. Previdenciário. **Concedido acréscimo de 25% em aposentadoria a homem com limitações de locomoção. 2021.** Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=16100. Acesso em: 10 out., 2023.

**EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E SUA VULNERABILIDADE NAS
NEGOCIAÇÕES TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 444 DA CLT
A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

**HYPERSUFFICIENTE EMPLOYEE AND THEIR VULNERABILITY IN LABOR
NEGOTIATIONS: AN ANALYSIS OF ARTICLE 444 OF CLT FROM THE
PRINCIPLE OF PROTECTION**

Recebido em: 15/08/2023

Aprovado em: 24/06/2024

Gustavo de Cerqueira Lisboa*
Priscila Tinelli Pinheiro*

RESUMO: A reforma trabalhista, ocorrida no ano de 2017, inseriu no ordenamento jurídico trabalhista uma nova categoria de empregado, denominado de hipersuficiente. O presente trabalho tem como objetivo analisar os pilares educacional e econômico, responsáveis por caracterizar a nova categoria de trabalhador, bem como evidenciar a vulnerabilidade do empregado diante da insuficiência dos requisitos característicos da hipersuficiência, com especial atenção ao princípio da proteção. Para tanto, buscou-se estudar os conceitos de hipossuficiência e hipersuficiente, bem como do princípio da proteção, dando ênfase à desproteção conferida à nova categoria de empregados. A metodologia empregada consistiu em uma pesquisa bibliográfica e doutrina, apta a confirmar que o cumprimento dos dois pilares não é suficiente para assim constituir este empregado.

Palavras-chave: *Hipersuficiente. Princípio da Proteção. Vulnerabilidade. Artigo 444, parágrafo único, CLT.*

ABSTRACT: The labor reform, which took place in 2017, inserted a new category of employee into the labor law, called hypersufficient. The present work aims to analyze the educational and economic pillars, responsible for characterizing the new category of worker, as well as highlighting the vulnerability of the

* Bacharel pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e Estagiário do Ministério Público do Mato Grosso do Sul.

* Doutora e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa - Cnpq: Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos (FDV). Possui graduação em Direito - Faculdades de Direito de Vitória (2013). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito do Trabalho e Direito Civil. Professora Adjunta - UFMS - Câmpus do Pantanal.

employee in the face of the insufficiency of the characteristic requirements of hypersufficiency, with special attention to the principle of protection. To this end, an attempt was made to study the concepts of hypossufficiency and hyper-sufficiency, as well as the principle of protection, emphasizing the lack of protection given to the new category of employees. The methodology used consisted of a bibliographical and doctrine research, able to confirm that the fulfillment of the two pillars is not enough to constitute this employee.

Keywords: hypersufficient. Protection Principle. Vulnerability. Article 444, sole paragraph, CLT.

1. Introdução

A Revolução Industrial do Século XVIII, além de representar um período de grande desenvolvimento tecnológico, também foi um marco histórico para os trabalhadores, haja vista o surgimento do Direito do Trabalho. Com a mudança do Estado Liberal para o Neoliberalismo, normas laborais surgiram para proteger o empregado, que até então eram submetidos a condições degradantes de trabalho.

Historicamente, o Direito do Trabalho sempre foi pensado para proteger o empregado, tendo em vista que este sempre foi e é até os dias atuais considerado a parte mais fraca e vulnerável da relação empregatícia diante do poder econômico pertencente ao seu empregador, motivo pelo qual o empregado recebeu o título de hipossuficiente, necessitando de proteção do Estado, que tem a função de estabelecer normas imperativas protetivas. No Brasil, a regra não é diferente. Adotou-se o modus protecionista do empregado.

A reforma trabalhista, ocorrida no ano de 2017, introduziu na Consolidação das Leis Trabalhistas grandes modificações inerentes à relação empregatícia, que se fundamentou na justificativa de necessidade de modernização às normas de regulação do trabalho. Entre as inovações, encontra-se a expressa menção, no parágrafo único do artigo 444, ao empregado hipersuficiente.

O mencionado dispositivo permitiu que o empregado, que atendesse aos requisitos exigidos em lei, pudesse dispor da livre estipulação das condições inerentes ao próprio contrato de trabalho, fato que representou uma relativização do modus protecionista historicamente conferido ao empregado.

No entanto, para que a nova categoria de empregados possa usufruir da autonomia conferida, o legislador reformista estipulou a adoção simultânea de dois requisitos. O primeiro exige que o empregado seja portador de diploma de nível superior,

baseando-se na formação educacional. O segundo consiste na arrecadação de salário mensal igual, ou superior, a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Ademais, às negociações entre o empregador e o empregado com status de hipersuficiente foi atribuído a mesma eficácia e prevalência sobre os instrumentos coletivos.

Deste modo, o presente artigo possui o objetivo de demonstrar de que forma os critérios estipulados para caracterizar o empregado hipersuficiente, quais sejam, o educacional e o econômico, evidenciam a vulnerabilidade desta nova categoria de empregados nas negociações trabalhistas, com especial atenção ao princípio da proteção diante da histórica desproteção do obreiro. Mediante pesquisas bibliográficas e doutrinária, buscar-se-á analisar a vulnerabilidade do empregado considerado hipersuficiente.

Para alcançar o objetivo principal do artigo, o primeiro tópico apresentará o empregado hipersuficiente, bem como esclarecerá quais as matérias pertinentes a sua livre negociação. Na sequência, o segundo tópico mostrará o caráter discriminatório atribuído ao hipersuficiente com relação as demais categorias de empregados, além de demonstrar a insuficiência dos requisitos estabelecidos em lei para a caracterização da nova categoria em questão. Por fim, o terceiro tópico buscará evidenciar ainda mais a vulnerabilidade do empregado mediante a demonstração da importância dos sindicatos nas negociações.

2. Conceito de Hipossuficiência e Hipersuficiência

No ordenamento jurídico brasileiro, a Consolidação das Leis Trabalhistas é o documento principal e responsável por estabelecer os parâmetros de uma relação de emprego. Neste sentido, a CLT, em seu artigo 3º, estabelece os elementos necessários para a caracterização da relação empregatícia. Para que assim seja estabelecida tal relação, o empregado deve ser pessoa física que presta serviço de natureza não eventual, sob a dependência de empregador e mediante salário.

O termo “sob a dependência de empregador” refere-se à subordinação, sendo esta decorrente de um acordo de vontade bilateral, ou seja, de um contrato entre o empregado e o empregador. Importante consideração deve ser feita no sentido de afirmar que o empregado há de ser pessoa livre. Assim, para que este possa, enquanto nesta

posição, constituir uma relação de emprego, o empregado deve ser um sujeito capaz de contrair direitos e obrigações.

Ademais, a liberdade do empregado também deve estar condicionada à sua livre manifestação de vontade no momento de integrar uma vinculação empregatícia. Desta forma, o trabalhador escravo não se encaixa na figura de empregado, visto que é considerado apenas como uma ferramenta de trabalho, sem dignidade, incapaz de manifestar vontade e de adquirir direitos e obrigações.

Partindo do pressuposto de que a subordinação decorre da livre manifestação de vontade do empregado, pode-se dizer que tal elemento consiste na sujeição do empregado, que em busca de riqueza e, por vezes, sustento, põe-se às ordens do empregador quanto ao modo de execução do trabalho. Neste mesmo caminho, Delgado²⁹⁵ define a subordinação como proveniente de um contrato de trabalho, no qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador no modo da realização da prestação de seu serviço.

A subordinação pode ser compreendida sobre dois prismas: um objetivo e outro subjetivo. Predomina-se no Direito do Trabalho a compreensão sob o prisma objetivo, segundo o qual informa que a subordinação atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador²⁹⁶. A linha objetiva leva em consideração, para a análise da subordinação, a efetiva dependência existente entre empregado e empregador. Percebe-se que desse prisma objetivo adveio a apresentada definição de subordinação.

A subordinação subjetiva, por outro lado, é compreendida como a atuação sobre a própria atuação do trabalhador, criando um estado de sujeição²⁹⁷. Não se pode adotar, atualmente, essa linha subjetiva, até porque é incapaz de explicar algumas situações pertinentes, por exemplo, a presença da subordinação nos trabalhadores intelectuais que, por vezes, teria mais conhecimento que seus empregadores.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) declarou de forma explícita, em seu artigo 3º, que em uma relação de emprego, o empregado encontra-se sob a dependência do empregador. Em busca de melhor compreensão do termo “dependência”, a doutrina traz duas acepções/teorias que tentam esclarecer a questão.

²⁹⁵ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr; 2019. p. 349

²⁹⁶ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr; 2019. p. 350.

²⁹⁷ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr; 2019. p. 350.

A primeira, chamada de Teoria da Dependência Econômica, cuida da inferioridade econômica que o empregado tem em relação ao empregador. Essa primeira teoria sustenta que o empregado seria dependente do seu patrão, uma vez que a sua remuneração percebida seria condição determinante para sua sobrevivência. Assim, a dependência empregatícia se dá em razão do poder econômico que o empregador possui em detrimento do empregado.

Neste sentido, Delgado²⁹⁸ compara a dependência econômica à uma hierarquia rígida e simétrica, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. Vejamos:

[...] No primeiro caso (dependência econômica), a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado [...].

Essa teoria, no entanto, não pode ser considerada absoluta. Isso porque, muito embora, de fato, na grande maioria das vezes o empregador possui um maior poderio financeiro, não necessariamente um sujeito vai precisar de um emprego para sua sobrevivência, podendo, inclusive, o empregado ser economicamente superior ao seu empregador.

A Teoria da Dependência Técnica, que está diretamente relacionada com o poder diretivo do empregador, sustenta que o empregado, já que está limitado em apenas ofertar somente sua mão de obra, sem os meios necessários à obtenção de riqueza. Desta forma, encontra-se em um plano de desigualdade, no qual deve aceitar as orientações técnicas do seu patrão, não gozando de autonomia para executar seu trabalho da forma que desejar. Neste sentido, Alvarenga²⁹⁹ já acrescentou que é, em razão do poder diretivo do empregador, que se concretizada a subordinação na relação de emprego, na qual consta a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador.

Em que pese a existência das teorias da subordinação, de maneira geral, esta está compreendida, na realidade, aos meios de produção. Ocorre que, para gerar riqueza, faz-se necessário o auxílio de mecanismos capazes para tanto. O empregado, na maioria das

²⁹⁸ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr; 2019. p. 351.

²⁹⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **O poder empregatício no contrato de trabalho**. 2010. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlvarengaRZa_1.pdf. Acesso em: 19 ago. 2022.

vezes, não possui tais instrumentos, sendo obrigado a se vincular a uma pessoa que possui. Daí decorre a dependência do empregado, que se encontra em uma posição no qual precisa dos meios de produção pertencentes ao patrão para alcançar algum lucro.

Diante de um contexto no qual o empregado é totalmente dependente do seu empregador, uma vez que não possui os mecanismos necessários aptos a garantir sua sobrevivência, os obreiros sofreram a superexploração. Assim, ao empregado, atribuiu-se o status de hipossuficiente, tornando-se este a parte que precisa de toda uma atenção, proteção e apoio do Estado.

Etimologicamente, a palavra “hipossuficiente” refere-se a pessoa que é economicamente muito humilde, com poucas condições financeiras para se sustentar. Deste modo, considerando tudo que foi exposto, pode-se dizer que ser subordinado também significa ser hipossuficiente, e este sempre foi o entendimento predominante no ordenamento jurídico brasileiro, até a reforma trabalhista ocorrida no ano de 2017.

Ocorre que, em oposição à ideia historicamente estabelecida de que o empregado sempre será a parte hipossuficiente, o parágrafo único do artigo 444 da CLT introduziu, na legislação trabalhista, uma nova categoria de empregado, atribuindo-lhe a denominação de hipersuficiente. De acordo com o mencionado artigo, o empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário igual, ou superior, a duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social enquadra-se na categoria de hipersuficiente.

Assim, uma nova classificação de trabalhadores foi criada. No entanto, observa-se que para ser considerado hipersuficiente, o legislador reformista estipulou que é necessário o preenchimento simultâneo de dois requisitos, sendo um de cunho educacional e outro de cunho econômico.

O primeiro requisito consiste no fato do empregado ser portador de diploma de nível superior. A partir do critério educacional, presume-se que os empregados graduados possuem maior capacidade negociação em face das demais categorias de empregados com menor grau de escolaridade, que não gozam do mesmo direito inerente à livre negociação

de cláusulas contratuais com seu empregador. A estes últimos, cabe apenas ser representado pelos sindicatos de sua categoria³⁰⁰.

O segundo requisito cumulativo para caracterizar o empregado hipersuficiente possui caráter econômico e consiste no recebimento de salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos beneficiários do RGPS. Atualmente, o teto previdenciário corresponde ao valor de R\$ 7.087.022. Logo, com uma conta de multiplicação simples, tem-se que, para que o empregado em questão possa realizar negociações diretamente com o empregador, ele deve receber salário superior a R\$ 14.174.44. Não cumprindo os critérios educacional e econômico cumulativamente, o empregado adquire automaticamente a condição de hipossuficiente.

Uma vez atendido, de maneira concomitante aos dois requisitos expressamente estabelecidos, o empregado passa a compor o grupo dos hipersuficiente. Por consequência, adquire autonomia para pactuar livremente com seu empregador pontos que, até então, eram limitados às negociações realizadas pelos sindicatos representantes de sua categoria.

Cabe frisar, contudo, que embora adquirido o status de hipersuficiente, o empregado em questão continua dependente do seu patrão, tendo em vista a existência de um contrato de trabalho entre as partes. A mudança refere-se somente a seu nível de subordinação, que supostamente fora reduzido em razão de uma formação educacional mais elevada e de um poder econômico.

A CLT, em seu artigo 611-A, estabeleceu as matérias pertinentes à livre negociação em acordo e convenção coletiva de trabalho, possuindo os instrumentos coletivos prevalências sobre a lei. Partindo do prisma de que a nova categoria de empregado introduzida pela reforma trabalhista, por força de seu caráter hipersuficiente, pode, de forma livre e autônoma, negociar condições diretamente com seu empregador, o parágrafo único do artigo 444 estendeu as hipóteses de Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho aos acordos individuais, travados entre o empregado hipersuficiente e o seu patrão.

³⁰⁰ CORREIA, Henrique. **Tribunais e MPU – Direito do Trabalho – Para Analistas**. 14. Ed. São Paulo, 2022.

Além desta situação, o aludido dispositivo celetista também destaca que as negociações realizadas pelo empregado diretamente com seu empregador terão a mesma eficácia e preponderância sobre os instrumentos coletivos, ou seja, em eventual conflito, o que for negociado entre as partes do contrato prevalecerá sobre aquilo que fora anteriormente legislado.

Deve-se destacar, neste momento, a preponderância do “negociado sobre o legislado”. Trata-se de instituto que usa como base de fundamento a preponderância do interesse coletivo sobre o interesse individual. Significa que, nas hipóteses previstas pela Reforma Trabalhista, todos os acordos que forem negociados mediante os instrumentos coletivos devem prevalecer sobre o que consta em lei. No mesmo caminho, o parágrafo único do artigo 444 da CLT atribui às negociações individuais realizadas entre o empregado hipersuficiente e o empregador uma maior importância do que uma negociação decorrente de um instrumento coletivo.

O “legislado” é representado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), leis esparsas que foram submetidas à aprovação do Congresso Nacional. Por seu turno, o “negociado” é representado pelas regras de uma determinada categoria de empregados, que foram determinadas mediante os Acordos Coletivos de Trabalho e as Convenções Coletivas de Trabalho, bem como pelos acordos individuais entre o empregado e empregador.

No que tange aos instrumentos coletivos, as convenções coletivas de trabalhos consistem nas negociações ocorrida entre sindicatos de trabalhadores (categorias profissionais) e sindicatos de empregadores (categorias econômicas). Por sua vez, os acordos coletivos de trabalho são as negociações ocorridas entre sindicatos de trabalhadores e uma, ou mais, empresas. Neste mesmo prisma, Cassar³⁰¹ conceituou os acordos e convenções, dizendo que:

[...] O acordo coletivo de trabalho é o negócio jurídico extrajudicial efetuado entre sindicato dos empregados e uma ou mais empresas, onde se estabelecem condições de trabalho, obrigando as partes acordantes dentro do período de vigência predeterminado e na base territorial da categoria. – art. 611, § 1º, da CLT. Suas cláusulas são comandos abstratos, gerais e impessoais. Em face disto, a convenção ou o acordo coletivo se assemelham à lei. Por sua vez a convenção coletiva de trabalho é um negócio jurídico extrajudicial pactuado

³⁰¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista**. 2017 p. 1268. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

entre o sindicato dos empregados e o sindicato dos empregadores, estabelecendo condições de trabalho para toda a categoria [...].

A CLT prevê expressamente, em seu artigo 611-A, a prevalência dos acordos coletivos e convenção coletiva de trabalho sobre a lei. Ocorre que o parágrafo único do artigo 444 atribuiu aos acordos individuais firmados entre o empregado hipersuficiente e empregado a mesma eficácia legal e preponderância sobre aqueles instrumentos coletivos. Ou seja, o legislador reformador concedeu mais importância às negociações individuais em face das negociações decorrentes de instrumentos coletivos, que, por sua vez, já teria retirado a força do que estabelecido nas CLT e leis esparsas. Tal fato representa uma maior validade ao trato entre os contratantes do que aquele que passou por uma deliberação mais robusta.

Dada a apresentação desta nova categoria de empregados, cumpre destacar quais pontos o hipersuficiente pode negociar com seu patrão. Em que pese já estarem estabelecidos no artigo 611-A, algumas considerações devem ser feitas. A jornada de trabalho, por exemplo. Nada impede que o empregado hipersuficiente negocie livremente com seu empregador as condições pertinentes à jornada de trabalho, desde que obedecida a quantidade pré-estabelecida na Constituição Federal de 1988, qual seja, o máximo de 44 horas semanais.

Cabe também à negociação direta entre empregado e empregador: o banco de horas anual; intervalo intrajornada, desde que respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superior a seis horas; adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE); 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; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho; troca do dia de feriado.

De mais a mais, no rol de possibilidades também está passível de negociação o enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo, a participação nos lucros ou resultados da empresa e a adoção de cláusula

compromissória de arbitragem (artigo 507-A), desde que por iniciativa do empregado ou por mediante sua concordância expressa.

Portanto, o empregado hipersuficiente representa de uma nova espécie de empregado, que fora introduzida na legislação trabalhista mediante a última reforma ocorrida no ano de 2017. Em contrariedade ao tradicional modelo de empregado celetista ao atribuir-lhe vasta autonomia para realizar acordos individuais diretamente com seu empregador, sem o auxílio e proteção historicamente concedidos pelo Estado a essa parte do contrato de trabalho.

O advento da hipersuficiência fora fundamentada, principalmente, no fato de que o empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário igual ou superior a duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social estaria em pé de igualdade com seu patrão, não se encontrando mais em situação de inferioridade, assim, não necessitando de proteção do Estado. Neste sentido, muito embora não seja defensor da hipersuficiência, Delgado³⁰² assevera que:

[...] os fundamentos para a construção da regra jurídica residem na ideia de que, em se tratando de profissional portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior ao padrão de duas vezes o teto dos benefícios previdenciários, ele não se encontraria submetido a subordinação intensa. Com isso, possuiria o poder de também impor a sua vontade no cotidiano da relação empregatícia [...].

A partir da análise da expressão “subordinação intensa”, pode-se retirar a ideia daquele empregado que, de todo e qualquer modo, depende do seu empregador para gerar riqueza. Os critérios que caracterizam o empregado hipersuficiente seriam capazes de relativizar a subordinação intensa, colocando ambas as partes da relação trabalhista em condições paritárias para realizar negociações.

Ocorre que, como já dito anteriormente, em que pese o empregado, na qualidade de hipersuficiente, tenha reduzido sua subordinação, este ainda continua subordinado aos meios de produção pertencentes ao seu patrão. Deste modo, é importante o questionar se é correto o empregado, ainda que “hipersuficiente”, realizar acordos individuais diretamente com seus empregadores, tendo em vista a continuidade da sua subordinação na relação empregatícia, embora “reduzida”.

³⁰² DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019.

3. Princípio da Proteção em face do Parágrafo Único do Artigo 3º da CLT

O Direito do Trabalho surgiu com a finalidade de proteger o trabalhador, visto como a parte mais vulnerável de uma relação empregatícia, diante do poder econômico do empregador. Tal surgimento foi baseado na histórica desproteção que os empregados detinham em suas relações laborais. No entanto, não bastou a mera criação de um ramo para conferir proteção à classe obreira. Foi preciso também a efetividade. Neste sentido, o Direito do Trabalho foi incluído no sistema de normas jurídicas e, no Brasil especificamente, foi criada a Consolidação das Leis Trabalhistas.

Não diferente dos demais ramos do direito, o Direito do Trabalho possui uma legislação própria que, por sua vez, é composta por regras e princípios. Embora ambas sejam consideradas como modalidades de normas jurídicas, é importante, para este momento, a realização de uma diferenciação entre as duas, haja vista que foi a partir desta distinção que os tribunais trabalhistas adotaram algumas interpretações inerentes à nova legislação introduzidas pela reforma trabalhista de 2017.

Consoante o entendimento pós-positivista estabelecido por Robert Alexy³⁰³, influente jurista filósofo do direito contemporâneo, as regras são menos abrangentes que um princípio. Isso porque se limitam a determinar uma conduta que deve ser seguida, sob a pena de uma coação a ser aplicada. Deste modo, as regras possuem natureza obrigatória e aplicam-se de acordo com a subsunção, ou seja, a eventual violação da conduta estabelecida enseja a aplicação da sanção prevista.

Os princípios, por outro lado, são tidos como comandos de otimização. Possuem o caráter normativo de determinar que algo deve ser feito na maior medida possível, levando em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas. Desta forma, o princípio é mais abrangente que a regra, haja vista que dele podem ser retiradas inúmeras interpretações.

No âmbito trabalhista, em que pese os princípios não serem expressamente previstos na CLT, eles existem e possuem como finalidade estabelecer parâmetros aptos a conduzir uma harmônica e igualitária relação laboral. Ocorre que, como já explicado no tópico anterior, o trabalhador hipossuficiente, denominação atribuída à parte mais

³⁰³ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. p. 91. Disponível em: <http://noosfero.ucs.br/articles/0010/3657/alexys-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso: 17 set. 2022.

vulnerável e fraca de uma relação empregatícia, necessita de auxílio e proteção estatal durante o percurso de uma negociação trabalhista. Diante deste contexto, tem-se o princípio da proteção.

O surgimento do princípio da proteção está relacionado à histórica Revolução Industrial, período marcado por um cenário de total desproteção dos trabalhadores em suas relações laborais. Os empregadores detinham autonomia e força para determinar as condições de trabalho. Os empregados, por outro lado, não dispunham de nenhuma forma de defesa. Também encontravam em seu trabalho a única fonte de lucro, não possuindo força para questionar, sob pena de demissão. Diante deste contexto, tornou-se necessária a proteção da classe obreira. Após anos de luta, adveio do Direito do Trabalho e, posteriormente, o princípio da proteção.

No que tange ao conceito do princípio da proteção, Delgado³⁰⁴ a define como sendo uma teia de proteção à parte mais vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia (obreiro), visando retificar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Deste conceito, pode-se concluir que o princípio em questão tem a função de conferir uma igualdade material entre o empregado e o empregador. O Estado, diante da discrepante desigualdade inerente as partes da relação empregatícia, deve tratar ambas as partes de forma desigual, a fim de se alcançar uma igualdade material entre elas.

Devido a grande importância do princípio da proteção, o jurista uruguaio Plá Rodrigues³⁰⁵ explica que o princípio em questão possui três dimensões distintas: o princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais benéfica e in dubio pró-operário. O primeiro princípio chega a ser autoexplicativo. Impõe que, diante de diversas situações em que se é possível aplicar duas ou mais normas trabalhistas, deve ser aplicada a norma mais favorável ao trabalhador. Tal princípio tem o condão de atuar como critério de hierarquia de regras jurídicas, bem como balizador para tais regras³⁰⁶.

Quanto ao princípio da condição mais benéfica, refere-se diretamente às cláusulas contratuais do empregado. Estas devem ser preservadas durante todo o percurso do contrato e, assim, evitar que a parte mais frágil da relação empregatícia sofra prejuízos.

³⁰⁴ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 233.

³⁰⁵ RODRIGUES, Américo Plá. **Curso De Derecho Laboral - Derecho Coletivo**, 2000.

³⁰⁶ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 235

O princípio em questão se reveste do caráter de direito adquirido³⁰⁷. Em razão disso, uma cláusula considerada benéfica ao empregado somente pode ser substituída por outra cláusula que seja ainda mais favorável.

No in dubio pró-operário significa que, em caso de dúvida, deve-se beneficiar o empregado. A existência de uma norma, ou regra, vigente que possuem diversas interpretações, por força do princípio em questão, deve-se aplicar aquela que for mais vantajosa ao obreiro. O problema do “in dubio pro operario” é que ele acaba por ser redundante, uma vez que abrange situações já amparada por outros princípios.

A subordinação e a dependência econômica são características inerentes a uma relação empregatícia. A subordinação, como já comentado no tópico anterior, consiste na sujeição voluntária do empregado ao poder de direção do empregador referente ao modo de prestação de serviço. Por outro lado, a dependência econômica se refere à dependência que o empregado tem com seu patrão, uma vez que é por meio do emprego fornecido pelo patrão que o empregado adquire o lucro. Diante de tais elementos, é possível constatar a vulnerabilidade do empregado, razão pelo qual a subordinação e a dependência econômica são consideradas como os fundamentos do princípio da proteção.

Portanto, o princípio da proteção tem grande destaque e importância no Direito do Trabalho, haja vista que exerce função indispensável de defesa da parte mais vulnerável de uma relação empregatícia, com a finalidade de equilibrar os polos da relação empregatícia. Ao hipossuficiente é garantida a proteção contra todo e qualquer ato que possa vir a colocá-lo em situação de desvantagem e de injustiça. Assim, Souto e Saraiva³⁰⁸ conceituaram o princípio em questão:

[...] O princípio da proteção, sem dúvidas o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho, consiste em conferir ao polo mais fraco da relação laboral - o empregado - uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente [...].

Ocorre que, em contradição ao tradicional modelo protecionista conferido pelo ordenamento aos trabalhadores, o legislador trabalhista introduziu em seu âmbito, por intermédio da reforma trabalhista de 2017, o enquadramento do empregado

³⁰⁷ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 238

³⁰⁸ SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho: concursos públicos**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 29.

hipersuficiente, atribuindo-lhe autonomia para negociar individualmente com seus empregadores.

Em primeiro lugar, uma importante consideração deve ser feita a respeito de uma contradição realizada pela própria legislação trabalhista concernente às categorias de empregados. Dispõe o parágrafo único do artigo 3º da CLT que “não pode haver nenhuma distinção relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual³⁰⁹”.

No entanto, a reforma trabalhista de 2017 trouxe em seu texto a figura de uma nova categoria de empregado. De acordo com o parágrafo único do artigo 444 da CLT, para que o empregado adquira o status de hipersuficiente, é necessário que cumpra dois requisitos concomitantemente: ser portador de diploma de nível superior, bem como perceber salário igual, ou superior, a duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Há de se ressaltar que os hipersuficiente alcançam essa posição contratual pelo patamar salarial e formação acadêmica que detém, não pelo cargo ou função que exercem³¹⁰.

Assim, a introdução do empregado hipersuficiente revela uma discriminação entre as categorias de empregados. Aos hipersuficiente foi atribuído o poder de tratamento paritário entre o empregado e seu empregador, baseando-se em dois critérios: o educacional e o econômico. Cumprindo esses dois requisitos simultaneamente, o empregado em questão teria autonomia para negociar diretamente com seu empregador.

Verifica-se, deste modo, uma discriminação com relação às demais categorias de empregados, ao passo que o legislador reformista atribuiu apenas aos empregados hipersuficiente a liberdade para negociar diretamente com seu empregador. Os empregados que não se enquadram na nova categoria introduzida pela reforma trabalhista não gozam do mesmo poder paritário atribuído aos empregados hipersuficiente.

A princípio, a ideia do legislador, mediante a criação da categoria de empregado hipersuficiente no ordenamento trabalhista, foi possibilitar ao empregado ajustar cláusulas contratuais inerentes ao seu próprio contrato de trabalho diretamente com seu

³⁰⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

³¹⁰ LIMA, Kaique Martine Caldas; MEIRELES, Edilton. **O acordo individual firmado entre empregado hipersuficiente e o direito fundamental à negociação coletiva**. 2021, p. 07. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_1049_1070.pdf. Acesso em: 18 abr. 2022.

empregador, colocando ambas as partes em um patamar igualitário. Presume-se que o empregado hipersuficiente, por ser graduado e uma condição financeira confortável, possui a mesma força negocial que seu empregador.

Todavia, ao mesmo tempo que foi atribuído o poder de negociação ao hipersuficiente, abriu-se também uma desproteção com relação ao empregado em questão, que se encontra, agora, sujeito a qualquer ato de comando por parte do empregador, sem qualquer representante para lhe conferir respaldo em suas negociações.

Constata-se que a figura do empregado hipersuficiente representa relativização do princípio da proteção. Ocorre que os dois pilares necessários para alcançar a hipersuficiência, quais sejam, o educacional e o econômico, são os únicos utilizados pelo legislador para dar sustentação a essa nova categoria de empregados que, por vezes, teria “condições” de tratar com paridade ao seu empregador acerca das cláusulas contratuais que regem seu próprio contrato de trabalho.

Da nova categoria de empregados, verifica-se, na realidade, uma falácia fundamentada numa vaga presunção de que o empregado hipersuficiente, em razão do seu nível de escolaridade e poder econômico, possui maior capacidade de negociação, não necessitando de proteção. No entanto, a análise objetiva dos requisitos característicos da hipersuficiência possibilita a verificação de um grande equívoco por parte do legislador reformista.

Isso porque, no que concerne ao pilar educacional, há que se frisar que, muito embora o empregado hipersuficiente tenha uma formação educacional superior a grande parte da classe trabalhadora brasileira, nada é absolutamente capaz de garantir a paridade entre o empregado e o empregador, nem mesmo o suposto alto nível de conhecimento intelectual do empregado, levando em consideração o nível de escolaridade de um indivíduo. Ainda mais em um país como o Brasil, em que a educação, além de ser um dos maiores problemas sociais, não é valorizada, muito menos consiste em um modelo de referência.

Com o intuito de ressaltar tal informação, tem-se os dados de uma pesquisa realizada pelo IMD World Competitiveness Center³¹¹. Tal estudo informa que a

³¹¹ COELHO, Larissa; HERÉDIA, Thais; MAIA, Rodrigo. Educação brasileira está em último lugar em ranking de competitividade. CNN BRASIL, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/educacao-brasileira-esta-em-ultimo-lugar-em-rankingde-competitividade/>. Acesso em: 7 out. 2022.

proporção, no Brasil, de acesso ao ensino superior de pessoas entre 25 e 34, sendo essa a faixa etária da grande maioria dos trabalhadores atualmente, é de 22,2% menor se comparada com o índice mundial. Ademais, os dados do IBGE informam que até o ano de 2019, apenas 17,4% das pessoas com 25 anos ou mais possuíam o ensino superior completo no país.

Parece ainda mais absurdo a adoção do critério econômico apto à caracterização da hipersuficiência. E a razão é simples. Ainda que o parâmetro de R\$ 14.087,22 seja um valor muito superior ao recebido pela grande maioria dos empregados do Brasil, somando o fato que, de acordo com os dados do Pnad Contínua³¹² - Rendimento de todas as fontes 2019, do IBGE, 90% dos brasileiros têm renda inferior a R\$ 3,5 mil por mês, a pessoa que recebe aquele salário continua sendo empregada subordinada, bem como dependente do seu empregador. O alto salário percebido altera apenas o nível social do empregado, ao passo que sua vulnerabilidade permanece.

Ocorre que a subordinação do empregado não está diretamente relacionada ao valor do seu salário percebido, mas sim ao meio de produção para a obtenção da riqueza, que para ser gerada, necessita dos instrumentos capazes. Ocorre que esses instrumentos, na grande maioria das vezes, pertencem aos empregadores, sendo desta situação a ocorrência da subordinação.

Assim, o empregado se encontra em uma posição em que aceitará todos os comandos do seu empregador em razão do fundado receio de perder seu emprego. Nesta mesma baila, o professor Henrique Correa³¹³ criticou o critério salarial:

[...] não há nada que garanta que o valor recebido como salário tornará o empregado capaz de negociar todos os 15 pontos do art. 611-A da CLT diretamente com o empregador. A subordinação, independentemente do valor do salário e do nível de escolaridade, é intrínseca ao vínculo de emprego. O empregado depende do trabalho realizado e cederá em todos os pontos para poder mantê-lo. A legislação, da forma como prevista, deixa o trabalhador completamente vulnerável [...].”

³¹² MOTA, Camila Veras; Calculadora de renda: 90% dos brasileiros ganham menos de R\$3.500. UOL 2021. Disponível em: economia.uol.com.br/noticias/bbc/2021/12/13/calculadora-de-renda-90-brasileiros-ganhammenos-de-r-35-mil-confira-sua-posicao-lista.htm/. Acesso em: 7 out. 2022.

³¹³ CORREIA, Henrique. **Tribunais e MPU – Direito do Trabalho – Para Analistas**. 14. Ed. São Paulo, 2022, p. 169.

Ainda, há que se falar dos altos níveis de desempregos que assombam a grande maioria dos empregados brasileiros. De acordo com dados do IBGE³¹⁴ (2022), no segundo trimestre de 2022, a taxa de desemprego equivale à 9,3%. São mais de 10 milhões de desempregados. Diante deste cenário, poucos empregados renunciariam a seu alto salário percebido e, mesmo para aquele que possua escolaridade nível superior, a vaga de emprego não é garantida. Deste modo, o empregado hipersuficiente continua vulnerável e, para não perder seu emprego, aceitaria todos os comandos do empregador.

Ademais, deve-se levar em consideração o fato de que os empregados intitulados hipersuficiente recebem um salário considerado alto para os padrões brasileiros. Assim, constata-se que o seu padrão financeiro é mais difícil de ser encontrado no mercado, fazendo com que, na verdade, a nova categoria de empregados fosse mais subordinada do que as demais categorias. Desta forma, para manter seu alto padrão financeiro, acaba por renunciar a direitos que, a princípio, seriam indisponíveis.

Maurício Godinho³¹⁵ também fez dura crítica aos critérios adotados pelo legislador para a constituição do empregado hipersuficiente, ressaltando o caráter discriminatório do novo dispositivo inserido na CLT, bem como a impossível segregação de empregados.

[...] O caráter discriminatório da regra legal é simplesmente manifesto; ela institui algo inimaginável na ordem constitucional e legal brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregados perante o mesmo empregador [...].

Portanto, pode-se concluir que toda categoria de empregados, independentemente do nível de escolaridade e salário percebido, necessita de proteção diante do indiscutível poder do empregador, que pode dispensar o empregado a qualquer momento. Não há como ir contra a ideia de vulnerabilidade do obreiro, que prestando qualquer serviço, sempre estará em uma posição inferior e essa foi razão pelo qual o Direito do Trabalho, e conseqüentemente, o princípio da proteção surgiu: para proteger o empregado, considerado hipossuficiente, fato esse que não tem relação direta com a sua remuneração percebida, muito menos com seu nível de escolaridade.

³¹⁴ IBGE – Instituto Nacional de Geografia e Estatística. **Desemprego**. 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 30 set. 2022.

³¹⁵ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 439.

4. Vulnerabilidade do empregado Hipersuficiente e os Sindicatos

O Direito do Trabalho é um ramo do direito privado, marcado por um conjunto de regras e princípios que determinam as relações empregatícias. Consolidou-se no ordenamento jurídico como a área responsável por garantir proteção e direitos aos empregados, chamados também de hipossuficientes em razão da desigualdade de sua força negocial em face do seu empregador. As relações empregatícias podem ser reguladas a partir de dois prismas englobados pelo direito laboral, sendo um de caráter individual e o outro de caráter coletivo.

O Direito Individual do Trabalho é o de seguimento que cuida das questões inerentes ao contrato de trabalho, fixando direitos, obrigações e deveres às partes, bem como cuida, em caráter excepcional, das demais relações laborativas especificamente determinadas em lei³¹⁶.

Por seu turno, o Direito Coletivo do Trabalho é seguimento destinado a atender aos direitos de pessoas que possuem interesses em comum. Consoante as palavras de Delgado³¹⁷ o direito coletivo é área do direito laboral que visa regular a chamada autonomia privada coletiva. É também conhecido e chamado como direito sindical, haja vista que os sindicatos, na maioria das vezes, representam seus empregados diante de uma negociação coletiva.

Verifica-se, deste modo, que no ramo juscoletivo, uma relação direta dos sindicatos, representando os empregados, com os empregadores, ou ainda relação entre sindicatos, cada um representando um polo da relação empregatícia.

No que tange às funções do Direito Coletivo do Trabalho, Delgado³¹⁸ identifica seis funções. A primeira dela diz respeito a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica como a função central e mais importante deste ramo. Isso porque, tal função enfatiza a importância do cumprimento das funções justrabalhistas, levando em consideração a categoria profissional, o ser coletivo obreiro, não os trabalhadores individualmente considerados.

O caráter modernizante e progressista, no ponto de vista econômico e social, também é função do direito coletivo do trabalho. Tal função enfatiza a abrangência

³¹⁶ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019 p. 1529.

³¹⁷ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 1529.

³¹⁸ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 1536.

coletiva, no sentido de atribuir, a todos os empregados individualmente considerados, as conquistas obtidas pelas categorias mais organizadas, ou com maior poder negocial³¹⁹.

No Brasil, embora o caráter progressista tenha passado por um processo dificultoso para se firmar, atualmente encontra-se manifesto e útil ao complemento legislativo e interpretativo das normas justralhistas. Neste sentido, Delgado³²⁰ aduz que:

[...] É verdade que esse caráter progressista não se percebeu, ao longo do tempo, com tanta clareza no caso brasileiro, em face da conformação contraditória do modelo sindical do País (alguns de seus problemas ainda permanecem) e da parca efetividade do Direito do Trabalho, que perdurou por décadas no Brasil (mas que, durante o século XXI, teve importante momento de superação).(9) Não obstante, tal caráter progressista e modernizante — hoje já manifesto, ao menos no plano do Direito Individual do Trabalho — mantém-se como luminar para o aperfeiçoamento legislativo no País (dirigido, pois, ao legislador) e como luminar para o próprio processo de interpretação das normas justralhistas existentes, adequando-as à evolução social ocorrida [...].

Há também que se falar como função do ramo juscoletivo a produção da norma jurídica autônoma. Trata-se de função diferenciadora, visto que é capaz de produzir normas coletivas, senda estas diferentes das cláusulas obrigatórias meramente contratuais. Os sindicatos têm concreta participação na efetivação desta função, tendo em vista que atuam diretamente na negociação coletiva, mediante os acordos e as convenções, e produzem normas que se inserem nos contratos individuais.

As relações empregatícias são recheadas de conflitos sociais. Neste sentido, o direito coletivo atua como um instrumento de autocomposição, exercendo a função de pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva. Além da própria negociação coletiva, tida como principal percussora na pacificação dos problemas, tem-se também outros instrumentos que atuam como método de solução de conflitos, como a arbitragem e a mediação³²¹.

Tem-se também a função social e política, tratando-se de importante instrumento de democratização do poder, no âmbito social, existente nas modernas sociedades

³¹⁹ ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes. **Vulnerabilidade e direito coletivo do trabalho:** apontamentos iniciais sobre a vulnerabilidade dos sindicatos de trabalhadores na negociação coletiva pós-reforma trabalhista. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0135_0167.pdf. Acesso em: 1 out. 2022.

³²⁰ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 1537.

³²¹ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 1541.

democráticas³²². Os trabalhadores podem influenciar politicamente a nação e produzir efeitos sociais positivos, embora em momento histórico em que grassa o desemprego tal ação se mostra difícil³²³.

Há, ainda, a função econômica do direito coletivo do trabalho, que cumpre fundamental papel na produção de adequação às particularidades regionais ou históricas de regras de indisponibilidade apenas relativa às características do direito individual do trabalho³²⁴.

Como já comentado anteriormente, o Direito Coletivo do Trabalho também recebeu a denominação de direito sindical, em homenagem a um dos sujeitos deste ramo coletivo: o próprio sindicato. Cabe considerar que, embora essa denominação seja usualmente utilizada, ela não é abrangente, pois não abarca todos os entes do Direito Coletivo do Trabalho, dando um enfoque especial apenas aos sindicatos. Delgado³²⁵ define sindicato como uma organização de pessoas criada para defender os interesses dos seus membros associados, bem como proporcionar-lhes condições dignas de vida e trabalho. Vejamos:

[...] Sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida [...].

Assim, nota-se que o conceito de sindicato está atrelado a ideia de coletividade. Um grupo de pessoas, pertencentes a uma mesma categoria de trabalhadores, se juntam em prol da defesa de direitos e interesses inerentes a todos. Os sindicatos atuam como representantes daqueles trabalhadores, que se juntam e formam um grupo visando adquirir força negocial paritária com relação a seus empregadores.

A Consolidação das Leis Trabalhistas não foi omissa no que tange ao conceito de sindicato, o definindo como associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam,

³²² DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 1541.

³²³ ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes. **Vulnerabilidade e direito coletivo do trabalho**: apontamentos iniciais sobre a vulnerabilidade dos sindicatos de trabalhadores na negociação coletiva pós-reforma trabalhista. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0135_0167.pdf. Acesso em: 1 out. 2022.

³²⁴ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 1542.

³²⁵ DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019, p. 1590.

respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas (artigo 511, caput, CLT).

É certo que o surgimento dos órgãos de classe se deu com a finalidade de dar respaldo aos empregados em face do poder pertencente ao empregador. No entanto, a definição de sindicato não deve ser assimilada de forma simplificada, no sentido de entender que apenas os empregados gozam de uma organização para defender seus interesses e representá-lo diante de negociações coletivas. Existe também os sindicatos de empregadores que, de igual forma, buscam conferir, aos seus representantes, maior segurança às transações dos seus representados.

O sindicato está expressamente previsto no artigo 8º da Constituição Federal de 1988, dispositivo responsável por criar um dos mais, senão o mais importante princípio do direito coletivo do trabalho: o princípio da liberdade associativa ou sindical. No que diz respeito à liberdade sindical, tem-se que é livre a criação de sindicatos, desde que respeitada as regras constitucionais. Por outro lado, a liberdade associativa está diretamente atrelada ao direito à liberdade, previsto no rol de direitos fundamentais (artigo 5º, CF/88).

A liberdade associativa dispõe que os trabalhadores de uma categoria são livres para se sindicalizar ou sair do sindicato quando assim desejarem. Tem-se, ainda, uma terceira vertente, ligada à vontade do trabalhador. A este cabe optar por se sindicalizar, ou não. O princípio em questão, além de garantir a liberdade de escolha do trabalhador, também possui como finalidade combater as cláusulas de sindicalização forçada, bem como das práticas antissindicais. As cláusulas de sindicalização forçadas visam ao fortalecimento sindical mediante meios errados, tendo em vista que forçam seus trabalhadores à filiação e ferem a sua liberdade individual. As práticas antissindicais, por sua vez, possuem a finalidade de fragilizar a prática sindical.

No que tange à função dos órgãos de classe, para este trabalho, é mais importante ressaltar a sua função negocial. Primeiro, tem-se que tal função é obrigação dos sindicatos quando for tratar de negociação coletiva. Tanto é assim que a própria Constituição Federal de

1988 impõe essa obrigatoriedade no artigo 8º, inciso VI, com a seguinte redação “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”³²⁶.

A negociação coletiva é vislumbrada mediante um acordo coletivo ou convenção coletiva do trabalho. Deste modo, a negociação coletiva é um gênero que tem como espécies o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho. Encontra-se a definição de ambos os instrumentos na própria CLT. Enquanto as convenções coletivas representam as negociações ocorridas entre sindicatos de trabalhadores, também denominada pela lei como categorias profissionais, e sindicatos de empregadores, ou categorias econômicas, os acordos coletivos representam as negociações ocorridas entre os sindicatos de trabalhadores e uma ou mais empresas.

Sabe-se que o empregado é a parte mais fraca de uma relação empregatícia, precisando de proteção e auxílio para negociar com o empregador. Em razão disso, é como se o Direito Coletivo do Trabalho segurasse a mão do trabalhador e o representasse em suas negociações. Por meio de tal representação, a hipossuficiência característica do empregador não mais substituiria, tendo em vista que a associação daqueles trabalhadores remete à ideia de paridade com seus empregadores.

Do mesmo modo, presume-se que os órgãos de classe possuem força suficiente e apta a descaracterizar a fragilidade dos empregados associados. Neste mesmo diapasão, Alves e Castro³²⁷ argumentam que:

[...] Em um primeiro momento, isso decorre do fato de que a hipossuficiência característica da relação contratual individual não subsistiria no âmbito coletivo laboral. A reunião e associação dos empregados geram a presunção de afastamento da fragilidade do trabalhador, colocando as partes em teórica igualdade, conforme estabelece o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos [...].

Dada a apresentação dos sindicatos, conclui-se que se trata de órgão que exerce imprescindível função para com a proteção dos empregados. Mediante sua presença nas negociações coletivas, à parte mais vulnerável da relação empregatícia, ao seja, ao

³²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³²⁷ ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes. **Vulnerabilidade e direito coletivo do trabalho**: apontamentos iniciais sobre a vulnerabilidade dos sindicatos de trabalhadores na negociação coletiva pós-reforma trabalhista. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0135_0167.pdf, p. 21. Acesso: 1 out. 2022.

trabalhador, é conferido um maior respaldo, um maior suporte às suas transações, afastando qualquer possibilidade de violação dos seus direitos indisponíveis.

Ocorre que essa imprescindível participação dos sindicatos nas negociações foi colocada em xeque com a reforma trabalhista ocorrida no ano de 2017, tendo em vista que foi inserido, no ordenamento, uma nova classe de empregados que, dispensa representantes quando da tomada de decisões a respeito de cláusulas inerente ao próprio contrato de trabalho.

Trata-se do empregado hipersuficiente. De acordo com o parágrafo único do artigo 444 da CLT, o empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário igual, ou superior, a duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social adquire o status de hipersuficiente e, por consequência, liberdade para negociar cláusulas do seu contrato diretamente com seu empregador, sem necessidade de suporte de nenhum sindicato. Ademais, as cláusulas pactuadas diretamente pelo empregado, além de possuírem a mesma eficácia legal, possuem também preponderância sobre as normas advindas de instrumentos coletivos.

A inovação trazida pelo legislador reformista representa, em verdade, um enfraquecimento das duas figuras em questão: ao próprio empregado, individualmente considerado, bem como aos sindicatos. Com relação aos obreiros, tem-se que embora a lei lhe confira o status de hipersuficiente, a renúncia ao auxílio conferido pelos sindicatos implica uma desproteção máxima. A paridade supostamente existente entre os contratantes não subsiste nesta situação, em razão da ineficácia dos elementos característicos desta nova categoria de empregadores.

Como já dito anteriormente, o hipersuficiente é sustentada por dois pilares (educacional e econômico) e esses dois pilares são insuficientes à caracterização de uma real e efetiva hipersuficiência. A nova categoria de empregados é tão subordinada e dependente quanto as demais classes de empregados. Ressalta-se, novamente, que o que se revela, no máximo, é uma redução da subordinação e dependência, sendo essa redução, no entanto, incapaz de excluir, por completo, a vulnerabilidade do empregado em questão.

A renúncia dos empregados hipersuficiente à representação por parte dos sindicatos enseja a perda da maior vantagem conferida pelos órgãos de classe aos seus

empregados associados, qual seja, o respaldo, o suporte às transações entre o empregado e o empregador, abrindo espaço para o surgimento de uma lacuna nesta situação.

Por outro lado, com relação aos sindicatos, verifica-se que a introdução, no ordenamento, da nova categoria de empregados, considerados hipersuficiente em decorrência da suposta paridade com o empregador, não necessitando, deste modo do respaldo conferido pelos sindicatos durante as realizações de negociações, também representa um enfraquecimento para os próprios órgãos de classes, e conseqüentemente, dos demais empregados. Cumpre-se que a hipersuficiência do empregado transpareceria uma desvalorização e desprivilegio aos sindicatos, que exercem papel essencial nas negociações coletivas. Em consequência, a luta dos empregados que são representados pelos órgãos de classes também é enfraquecida.

Ainda, em soma a desvalorização e desprivilegio, tem-se também a crescente característica de vulnerabilidade dos sindicatos após a reforma trabalhista. Ocorre que a mudança legislativa conferiu uma maior permissibilidade negocial, com a finalidade de expandir o rol de direitos individuais transacionáveis coletivamente³²⁸.

5. Conclusões

Verifica-se que a ideia de hipersuficiência introduzida no ordenamento jurídico trabalhista inerente à determinado grupo de empregados vai totalmente de encontro com o modelo protecionista conferido pelo Direito do Trabalho, ramo que surgiu com o escopo principal de garantir direitos mínimos aos trabalhadores, considerados como hipossuficientes, visto que compõem a parte mais fraca e vulnerável de uma relação empregatícia.

Ainda que se pudesse considerar um empregado com o status de hipersuficiente, verifica-se que os requisitos expressamente estabelecidos pelo legislador reformista não são suficientes para tal caracterização. O pilar educacional trata-se grande resistente em um país como o Brasil, em que a educação se encontra em um plano de desvalorização, além da sua falta ser um dos maiores problemas sociais do país.

³²⁸ ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes. **Vulnerabilidade e direito coletivo do trabalho:** apontamentos iniciais sobre a vulnerabilidade dos sindicatos de trabalhadores na negociação coletiva pós-reforma trabalhista. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0135_0167.pdf. Acesso em: 1 out. 2022.

O requisito econômico, da mesma forma, não é capaz de afastar a vulnerabilidade do empregado, tendo em vista que muito embora o alto valor salarial seja superior ao recebido pela grande maioria dos empregados do Brasil, a subordinação e dependência subsistem. O que muda para esses empregados é a classe social. Ademais, as altas taxas de desemprego, que assombram a classe trabalhadora, enfatiza a vulnerabilidade de todo e qualquer empregado, que se encontra em uma posição de aceitar todos os comandos do seu empregador em razão do fundado receio de perder seu emprego.

De mais a mais, em que pese a intenção central do legislador reformista, com a introdução de uma nova categoria de empregados, tenha sido conferir paridade entre esta nova classe e o empregador, verifica-se, na realidade, que o dispositivo produziu um efeito discriminatório com relação as demais categorias de empregados, que não gozam do mesmo poder paritário atribuídos aos empregados hipersuficiente. Presume-se que os empregados que não se enquadram nas características da hipersuficiência, fundamentada unicamente no nível de escolaridade e econômico, são menos capazes e preparados que os empregados que se enquadraram.

Outrossim, com relação aos sindicatos, tem-se que estes foram criados com a finalidade de conferir respaldo a todos os empregados diante das negociações coletivas. Muito embora a sindicalização não seja obrigatória a nenhuma classe de empregados, a renúncia a representação por esses órgãos de classes enseja em vários problemas, sendo a principal delas a demasiada desproteção da parte do próprio empregado em questão, que não se encontra em pé de igualdade com seu empregador.

Todos os fatos apresentados levam a conclusão de que, mesmo que atendidos os requisitos da hipersuficiência, expressamente estabelecidos em lei, de maneira concomitante, o empregado não adquire tal status em razão da insuficiência de pilares educacional e econômico.

O obreiro continua tão vulnerável quanto as demais classes de empregados, devendo a nova categoria ser reanalisada, bem como reposicionada no ordenamento jurídico trabalhista, uma vez que se verifica não ser possível ir de encontro com o modelo protecionista historicamente conferido aos de empregado pelo Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em 17/09/2022.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **O poder empregatício no contrato de trabalho**. 2010. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlvarengaRZa_1.pdf. Acesso em 19/08/2022.
- ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes. **Vulnerabilidade e direito coletivo do trabalho: apontamentos iniciais sobre a vulnerabilidade dos sindicatos de trabalhadores na negociação coletiva pós-reforma trabalhista**. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0135_0167.pdf. Acesso em 01/10/2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho de acordo com a reforma trabalhista Lei n. 13.467.2017**. 14. Ed. Rio de Janeiro, 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista**. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/>. Acesso em: 18/04/2022.
- COELHO, Larissa; HERÉDIA, Thais; MAIA, Rodrigo. Educação brasileira está em último lugar em ranking de competitividade. **CNN BRASIL**, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/educacao-brasileira-esta-em-ultimo-lugar-em-rankingde-competitividade/>. Acesso em: 07/10/2022.
- CORREIA, Henrique. **Tribunais e MPU – Direito do Trabalho – Para Analistas**. 14. Ed. São Paulo, 2022.
- DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: LTr; 2019.
- Desemprego. **IBGE – Instituto Nacional de Geografia e Estatística**. 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 30/09/2022.
- LIMA, Kaique Martine Caldas; MEIRELES, Edilton. **O acordo individual firmado entre empregado hipersuficiente e o direito fundamental à negociação coletiva**. 2021.

Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_1049_1070.pdf. Acesso em 18/04/20.

MOTA, Camila Veras; Calculadora de renda: 90% dos brasileiros ganham menos de R\$3.500. **UOL** 2021. Disponível em: economia.uol.com.br/noticias/bbc/2021/12/13/calculadora-de-renda-90-brasileiros-ganhammenos-de-r-35-mil-confira-sua-posicao-lista.htm/. Acesso em: 07/10/2022.

RODRIGUES, Américo Plá. **Curso De Derecho Laboral** - Derecho Coletivo, 2000.

SARAIWA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho**: concursos públicos. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ALTERAÇÕES CONTRATUAIS TRABALHISTAS: intensidade do trabalho, desvios e acúmulos de funções

LABOR CONTRACT CHANGES: work intensity, deviations and accumulation of functions

Recebido em: 12/06/2024

Aprovado em: 29/06/2024

Amauri Cesar Alves *

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo central fixar os efeitos contratuais, práticos, remuneratórios, da ocorrência de alterações contratuais trabalhistas consistentes em acúmulo de função, desvio de função e intensidade do trabalho. Para tanto, necessário estabelecer conceitos e distinções em relação à temática da alteração contratual funcional, ou seja, fixar juridicamente o que é desvio de função, o que é acúmulo de função e quais são as distinções entre tais figuras e a da intensidade do trabalho. O estudo aqui proposto parte de um problema claro e objetivo, que acarreta relevante cizânia doutrinária e jurisprudencial: quais são os conceitos de acúmulo de função, desvio de função e intensidade do trabalho, quais são as distinções entre tais institutos e quais são as decorrências práticas, nos contratos de emprego, da ocorrência de tais alterações contratuais trabalhistas? Ao final e em síntese, será possível responder ao problema proposto e estabelecer que os efeitos da intensidade do trabalho, do acúmulo e do desvio de função dependem de circunstâncias fáticas específicas e dos conceitos adotados pelos intérpretes, o que será verificado a partir da doutrina, da jurisprudência e da prática cotidiana em Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: *Alteração de função. Duração do Trabalho. Efeitos práticos.*

ABSTRACT: The main objective of this article is to establish the contractual, practical and remuneration effects of the occurrence of labor contract changes consisting of accumulation of functions, deviation of functions and intensity of work. To this end, it is necessary to establish concepts and distinctions in relation to the theme of functional contractual change, that is, to legally establish what is a deviation of function, what is an accumulation of function and what are the distinctions between such figures and the intensity of work. The study proposed here starts from a clear and objective problem, which entails relevant doctrinal and jurisprudential confusion: what are the concepts of function accumulation, function deviation and work intensity, what are the distinctions between such institutes and what are the practical consequences, in employment contracts, of the occurrence of such labor contract changes? In the end and in summary, it will be possible to respond to the proposed problem and establish that the effects of work intensity, accumulation and function deviation depend on specific factual circumstances and the concepts adopted by interpreters, which will be verified based on the doctrine, jurisprudence and everyday practice in Labor Law.

*Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC.Minas). Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) na Graduação e no Mestrado Acadêmico em Direito (Área de Concentração "Novos Direitos, Novos Sujeitos"). Membro do Conselho Universitário (CUNI) da Universidade Federal de Ouro Preto. Chefe do Departamento de Direito da UFOP e Presidente da Assembleia Departamental (2020-2022). Membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP (NDE, DEDIR/UFOP). Membro do Colegiado da Pós-Graduação em Direito da UFOP. Membro da Comissão Permanente de Formação Prático-Profissional do DEDIR/UFOP. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da Universidade Federal de Ouro Preto.

KEY-WORDS: *Function change. Duration of Work. Practical effects.*

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo central fixar os efeitos contratuais, práticos, remuneratórios, da ocorrência de alterações contratuais trabalhistas consistentes em acúmulo de função, desvio de função e intensidade do trabalho. Para tanto, necessário estabelecer conceitos e distinções em relação à temática da alteração contratual funcional, ou seja, fixar juridicamente o que é desvio de função, o que é acúmulo de função e quais são as distinções entre tais figuras e a da intensidade do trabalho.

A jurisprudência trabalhista, com destaque aqui para o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 3ª Região, não é uníssona em torno dos conceitos que serão estudados no presente artigo. Da mesma forma há divergência na doutrina pátria. Assim, é importante a busca por conceitos claros, que poderão ensejar distinções relevantes para a correta aplicação do direito aos casos concretos havidos nas mais diversas relações de emprego.

O estudo aqui proposto parte de um problema claro e objetivo, que acarreta relevante cizânia doutrinária e jurisprudencial: quais são os conceitos de acúmulo de função, desvio de função e intensidade do trabalho, quais são as distinções entre tais institutos e quais são as decorrências práticas, nos contratos de emprego, da ocorrência de tais alterações contratuais trabalhistas?

Os três fenômenos a serem estudados decorrem de alterações contratuais trabalhistas. Assim, necessário que a análise a ser desenvolvida parta de sua correta definição e dos efeitos de sua ocorrência nas relações de emprego. Em seguida é necessário também perceber em que consiste, tecnicamente, duração do trabalho, sendo a intensidade laborativa inerente ao seu conteúdo, consistindo também em forma de alteração do contrato. Por fim, seguirá a análise de desvio de função e acúmulo de função, com estabelecimento de sua relação com a intensidade do trabalho. O objetivo final, repita-se, é dar respostas claras, diretas e objetivas, com base em conceitos jurídicos, aos fenômenos decorrentes da alteração contratual nos três casos aqui analisados.

Ao final e em síntese, será possível responder ao problema proposto e estabelecer que os efeitos da intensidade do trabalho, do acúmulo e do desvio de função dependem de circunstâncias fáticas específicas e dos conceitos adotados pelos intérpretes, o que será verificado a partir da doutrina, da jurisprudência e da prática cotidiana em Direito do Trabalho.

2. Alteração de Função no Contrato de Emprego

O estudo das alterações contratuais trabalhistas deve necessariamente partir de uma obviedade: há um contrato em curso e as partes resolvem mudar o que anteriormente restou estabelecido. Há, no cerne do instituto das alterações contratuais, uma compreensão bem estabelecida, em regra e em princípios, que é a da inalterabilidade contratual lesiva. Também perceptível que a regra, fundada em princípios, comporta exceções, que por não seguirem o padrão, merecem um estudo alargado. Por fim, há também as alterações contratuais ilícitas, informais, que também geram efeitos, mas não necessariamente aqueles pretendidos por quem promoveu a alteração (normalmente o empregador).

De início as regras e os princípios concernentes à restrição das possibilidades de alteração do contrato de trabalho em seu curso.

O direito em geral, e não só o Direito do Trabalho, parte do suposto de que as vontades expressas em contrato devem ser respeitadas pelos contratantes, com poucas exceções. Também é próprio das ciências jurídicas a compreensão de que as alterações em um contrato firmado só podem se dar por mútuo consentimento, ou seja, se ambas as partes estiverem em consonância com as mudanças na avença inicial. Especificamente no que concerne ao Direito do Trabalho não basta o consentimento de ambas as partes, pois se exige que, além disso, não seja a alteração contratual prejudicial aos direitos e interesses do empregado. Excepcionalmente, ainda, pode-se dar uma alteração contratual trabalhista sem a concordância do empregado, pelo simples exercício do poder diretivo pelo empregador.

As regras básicas no Direito do Trabalho brasileiro em relação ao tema das alterações contratuais trabalhistas são as contidas nos artigos 468 e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Por elas as alterações contratuais trabalhistas podem ser

feitas se ambas as partes concordarem e, principalmente, se as novas pactuações não trouxerem prejuízos, diretos ou indiretos, econômicos ou não, ao empregado, com as exceções de que tratam as próprias regras citadas. Além disso, os novos ajustes só são admissíveis (lícitos) se não contrariarem, como regra, que também comporta exceções na CLT reformada, as normas trabalhistas heterônomas e as normas jurídicas autônomas fixadas coletivamente.

Em relação aos princípios, dois valores inerentes ao ramo jurídico especializado se apresentam como referência: o princípio da inalterabilidade contratual lesiva e o princípio da cláusula contratual mais benéfica, ainda que doutrinariamente haja distinções terminológicas quanto ao epíteto de cada um.

De início é possível afirmar em que consiste, basicamente, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Trata-se de uma ideia básica própria do direito comum e transposta, de modo específico, para o Direito do Trabalho, que compreende que as alterações do contrato em curso só podem ser feitas, se houver consentimento das partes, se não delas resultar prejuízos para o empregado hipossuficiente e se não houver agressão ao disposto na regulamentação heterônoma e na norma coletiva autônoma, neste caso observado o princípio da adequação setorial negociada³²⁹.

Maurício Godinho Delgado explica a distinção entre o princípio da inalterabilidade contratual, própria do direito comum, e o princípio especial trabalhista da inalterabilidade contratual lesiva:

O princípio geral da inalterabilidade dos contratos sofreu forte e complexa adequação ao ingressar no Direito do Trabalho – tanto que passou a se melhor enunciar, aqui, através de uma diretriz específica, a da inalterabilidade contratual lesiva.

Em primeiro lugar, a noção genérica de inalterabilidade perde-se no ramo justralhista. É que o Direito do Trabalho não contingência – ao contrário, incentiva – as alterações contratuais favoráveis ao empregado: estas tendem a ser naturalmente permitidas (art. 468, caput, CLT).

Em segundo lugar, a noção de inalterabilidade torna-se sumamente mais rigorosa caso contraposta a alterações desfavoráveis ao trabalhador – que

329 O Supremo Tribunal Federal não só reconheceu como afirmou categoricamente que a análise da norma incidente na relação empregatícia, ou seja, autônoma ou heterônoma, deverá contemplar o princípio da adequação setorial negociada. A Tese prevalecente foi fixada em 02/06/2022, em sede de ARE 1121633, tema 1046, com repercussão geral nos seguintes termos: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao **considerarem a adequação setorial negociada**, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”.

tendem a ser vedadas pela normatividade justabalhista (arts. 444, caput, e 468, caput, CLT).

Em terceiro lugar, a atenuação civilista da fórmula *rebus sic stantibus* (atenuação muito importante no Direito Civil) tende a ser genericamente rejeitada pelo Direito do Trabalho.³³⁰

O princípio da condição (cláusula contratual) mais benéfica decorre do princípio da proteção e é correlato ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Tal princípio informa (e vincula as partes contratantes) ser possível a alteração das condições (cláusulas contratuais) pactuadas somente nos casos em que tal modificação se dá em benefício do trabalhador empregado. Em decorrência, a alteração contratual em prejuízo obreiro é ilícita como regra que comporta exceções.

O *caput* do artigo 468 da CLT traz o comando legal básico no que diz respeito às alterações contratuais no curso do pacto empregatício, bem como é a Súmula 51 do TST exemplo de sua aplicação concreta.

Maurício Godinho Delgado explica em que consiste o princípio da condição mais benéfica:

Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado.

Não se trata, aqui, como visto, de contraponto entre normas (ou regras), mas cláusulas contratuais (sejam tácitas ou expressas, sejam oriundas do próprio pacto ou do regulamento de empresa). Não se trata também, é claro, de condição no sentido técnico jurídico (...). O que o princípio abrange são as cláusulas contratuais, ou qualquer dispositivo que tenha, no Direito do Trabalho, essa natureza.³³¹

Ao analisar o direito do trabalho na Espanha, Alfredo Montoya Melgar leciona em que consiste o princípio da condição mais benéfica, em um contexto de aplicação significativamente diferente do direito brasileiro, vista lá a impossibilidade de alteração mesmo em caso de lei nova, se esta for prejudicial ao trabalhador:

330 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. Ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 239.

331 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. Ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 238.

hace referencia al mantenimiento de los derechos adquiridos por el trabajador, incluso si se produce la ulterior aprobación de una norma que, con carácter de generalidade, establezca condiciones menos favorables que las disfrutadas a título individual. En tal caso, no se está ante un problema de comparación de normas, como ocurría respecto del principio de norma más favorable, sino ante una cuestión de comparación entre las condiciones laborales de las que el trabajador viniera beneficiándose, y las que derivan de la aplicación de una normativa sobrevenida que no contemplara aquellos beneficios.³³²

É possível pensar na distinção teórica entre ambos os princípios (inalterabilidade contratual lesiva e cláusula contratual mais benéfica), embora tenham efeitos práticos muito próximos na realidade contratual. A proximidade é flagrante, pois se por princípio não é possível alterar o contrato em prejuízo para o trabalhador, é consequência só ser lícita a alteração contratual mais benéfica. Maurício Godinho Delgado percebe que “o princípio da cláusula mais benéfica traduz-se, de certo modo, em manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva”³³³ É possível afirmar, entretanto, que do ponto de vista doutrinário (sem maior expressão prática) o princípio da inalterabilidade contratual lesiva veda a alteração contratual em prejuízo, mudança restrita às cláusulas contratuais e sem alcançar normatização heterônoma estatal. Já o princípio da cláusula contratual mais benéfica, diferentemente, pressupõe que qualquer alteração positiva para o trabalhador, seja decorrente de vontade bilateral, unilateral ou mesmo normativa (autônoma ou heterônoma), deverá ser incorporada ao contrato independentemente das restrições ordinárias da teoria geral dos contratos.

Vistas as regras e estudados os princípios resta saber em que consiste uma alteração contratual trabalhista. Basicamente trata-se de alteração das condições contratuais após uma formulação inicial. Há situações em que a regra da inalterabilidade contratual lesiva não opera. O Direito do Trabalho também tem sua face protetiva ao empregador, sendo o *jus variandi* uma expressão de tal proteção. O poder conferido ao empregador para alterar cláusulas contratuais estabelecidas denomina-se *jus variandi*, ou direito de mudar, variar. Esse direito ou poder do empregador é, entretanto, limitado. Há situações fáticas de confronto de interesses em que se encontram em oposição o *jus variandi* e o princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Em momentos excepcionais prevalecerá o interesse do empregador, pois ordinariamente a alteração não pode se dar

332 MELGAR MONTROYA, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. 34. Ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 226.

333 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. Ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 238.

em prejuízo do empregado. São basicamente seis as situações em que há autorização para que as partes (sobretudo o empregador) promovam alterações no contrato em curso: alterações decorrentes do *jus variandi* ordinário, alterações favoráveis ao trabalhador, alterações transitórias, alterações autorizadas por lei (em sentido amplo) e alterações decorrentes da normatização coletiva autônoma (ACT, CCT).³³⁴

Dentre as possibilidades de alteração contratual trabalhista está a de alteração de função. Inicialmente cabe compreender o que é função, destacando-se que tal não se confunde com a denominação do cargo. A função é um conjunto de tarefas organizadas pelo empregador e desempenhadas pelo empregado. O Prof. Maurício Godinho Delgado leciona:

Função é o conjunto sistemático de atividades, atribuições e poderes laborativos, integrados entre si, formando um todo unitário no contexto da divisão do trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa. É essencial distinguir-se, conceitualmente, entre função e tarefa. A tarefa consiste em uma atividade laborativa específica, estrita e delimitada, existente na divisão do trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa. É uma atribuição ou ato singular no contexto da prestação laboral. A reunião coordenada e integrada de um conjunto de tarefas dá origem a uma função. Neste quadro, função corresponde a um conjunto coordenado e integrado de tarefas, formando um todo unitário. É, pois, um conjunto sistemático e unitário de tarefas – um feixe unitário de tarefas. Analiticamente, a função é um conjunto de tarefas que se reúnem em um todo unitário, de modo a situar o trabalhador em um posicionamento específico no universo da divisão do trabalho da empresa.³³⁵

A alteração de função é autorizada (lícita), basicamente, nas seguintes situações: em casos excepcionais ou de emergência, temporariamente, decorrente de destituição de cargo ou função de confiança, quando há extinção de cargo ou função, decorrente de mudança em Plano de Cargos e Salários ou Quadro de Carreira, decorrente de readaptação funcional previdenciária e nos casos de promoção do empregado.³³⁶ Embora relevantes as situações citadas, ao presente estudo interessam apenas as alterações consistentes em desvio de função e acúmulo de função.

Diferentemente do que ocorre com as situações autorizadas e acima citadas, não há previsão legal expressa na CLT para regular as situações de desvio de função e

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

335 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 1219-1220.

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

acúmulo de função. Certo é, como será demonstrado nos próximos itens, que tanto no desvio quanto no acúmulo há alteração de função, o que de início atrai as regras gerais e os princípios já vistos. Por sua centralidade no presente estudo serão tratados os institutos em itens apartados.

3. Duração do Trabalho e Intensidade do Trabalho

Para que se possa entender os fenômenos da intensidade do trabalho, acúmulo de função e desvio de função é essencial compreender o instituto justralhista da duração do trabalho, uma vez que o objeto central da análise perpassa a disposição de trabalho do empregado para o empregador.

Por duração do trabalho pode-se entender, com relativa simplicidade, que se trata do tempo em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, nos termos clássicos (hoje alterados) do artigo 4º da CLT. Conta-se, então, tempo de disposição da força de trabalho, saber-fazer ou tempo de vida disponibilizado pelo empregado em favor do empregador. A duração do trabalho enquanto disponibilidade laborativa compreende a jornada, que se refere à disposição de força produtiva, saber-fazer ou tempo de vida especificamente durante um dia de trabalho. A jornada de trabalho, por sua vez, é delimitada, na prática, pelo horário de trabalho, que “traduz, rigorosamente, o lapso temporal entre o início e o fim de certa jornada laborativa.”³³⁷

Para a fixação da jornada de trabalho e conseqüentemente da duração do trabalho em sentido mais amplo (semana, quinzena, mês, ano) é necessário compreender que no direito do trabalho brasileiro a regra atual é do tempo à disposição, tendo sido tal conceito bastante reduzido pela Reforma Trabalhista de 2017. Até então a simples presença do empregado no estabelecimento patronal deveria ensejar sua disponibilidade laborativa. Agora a regra do artigo 4º da CLT, em seu parágrafo 2º e diversos incisos, fixa muitas exceções à generalidade do *caput*, umas justificáveis outras nem tanto.

A Reforma Trabalhista pretendeu restringir as possibilidades de caracterização do tempo à disposição, com o objetivo de reduzir a duração do trabalho e,

337 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr., 2011. p. 810.

consequentemente, a remuneração por disponibilidade do empregado em favor do empregador (quando o tempo é parâmetro para pagamento). A medida legislativa foi de exclusão da contagem de tempo de trabalho do período em que o empregado fica dentro do estabelecimento empresarial sem executar tarefas próprias do contrato. Até então tais períodos eram integrados à jornada em razão de estar o empregado potencialmente aguardando ordens, ainda que não tivesse, de fato, iniciado o desenvolvimento das tarefas cotidianas ou que já as tivesse concluído.

A redação celetista anterior do disposto no *caput* do artigo 4º vinha sendo interpretada de maneira ampliativa da proteção do trabalhador, no sentido de se garantir a integração dos minutos ou horas em que o empregado se colocava à disposição do empregador, ingressando no estabelecimento empresarial, mesmo sem iniciar o desenvolvimento das tarefas ou se lá permanecesse já as tendo terminado.

O que a Reforma Trabalhista faz agora é tentar restringir o tempo de disponibilidade e consequentemente de pagamento (quando tal é a medida para a remuneração), sendo três as situações fáticas. Não são considerados tempo à disposição do empregador: proteção pessoal do empregado em caso de insegurança; proteção pessoal do empregado em caso de más condições climáticas; exercício, pelo empregado, de atividades particulares que não estão relacionadas ao cumprimento de suas tarefas (práticas religiosas, descanso, lazer, estudo, alimentação, atividades de relacionamento social, higiene pessoal e troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de fazê-lo no estabelecimento empresarial).

No que concerne ao ponto central da análise aqui proposta, é importante perceber, desde já, que duração do trabalho difere substancialmente de intensidade do trabalho, embora, como exposto, haja correlação fática.

A intensidade do trabalho não é tema dos mais comuns no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, sendo mais perceptível em outras ciências, como a Sociologia do Trabalho e a Medicina do Trabalho, exemplificativamente. Não há consenso sobre conceito doutrinário para intensidade laboral, dentre outros motivos em razão da sua complexidade e das inúmeras causas e formas de manifestação.³³⁸ Contudo, algumas

338 BURCHELL, 2009 *apud* DAL ROSSO, Sadi; CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Intensidade do trabalho: questões conceituais e metodológicas. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 30, n. 3, set./dez. 2015, p.

propostas de conceituação de intensidade laboral apontam para a existência de mais trabalho, mantidas outras variáveis como número de horas trabalhadas e número de trabalhadores envolvidos no processo produtivo.

A intensidade do trabalho é analisada sob a perspectiva do trabalhador e se refere ao “grau de dispêndio de energias realizado pelos trabalhadores na atividade concreta.”³³⁹ ou “[...] significa o esforço físico, psíquico e mental dos trabalhadores para darem conta das exigências do posto, durante o tempo de trabalho.”³⁴⁰ Ainda pode ser definida como “[...] o esforço efetuado pelos trabalhadores para atender aos constrangimentos da organização do trabalho durante uma unidade de tempo.”³⁴¹

Intensificação do trabalho nesta linha seria, então, por conceito aqui esposado, a imposição de maior dispêndio de energia do trabalhador considerado em sua totalidade, ou seja, física, emocional, intelectual e afetivamente, dentro de uma mesma jornada legal ou contratualmente fixada. Há, então, necessariamente, dois momentos para que se afira a intensidade laboral: um período inicial, (1), em que o trabalhador dispense energia e um segundo momento, (2), em que se afere o aumento do gasto de energia e do desgaste do trabalhador, mas mantida a mesma jornada fixada no momento anterior, podendo haver ou não prejuízos ao trabalhador, sejam eles materiais ou morais, contratuais ou extralaborais.

Explica Sadi Dal Rosso, na perspectiva da Sociologia do Trabalho:

Chamamos de intensificação os processos de quaisquer naturezas que resultam em um maior dispêndio das capacidades físicas, cognitivas e emotivas do trabalhador com o objetivo de elevar quantitativamente ou melhorar qualitativamente os resultados. Em síntese, mais trabalho. O seu inverso chamamos de redução da intensidade do trabalho ou menos trabalho. Intensificação e redução da intensidade são processos que se definem em função de relações comparativas no tempo. Comparando a intensidade do

7. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/RNpccFSrCBTFhVcpZWhqTLF/?lang=pt#>. Acesso em: 28 jun. 2021.

339 DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!** A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 20.

340 CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Organização e intensificação do tempo de trabalho. **Sociedade e Estado**, v. 28, n. 2, maio/ago. 2013, p. 11.

341 CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Intensidade do trabalho: questões conceituais e metodológicas. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 30, n. 3, set./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/RNpccFSrCBTFhVcpZWhqTLF/?lang=pt#>. Acesso em: 28 jun. 2021.

trabalho nos momentos t1 (antes) e t2 (depois), pode-se saber se houve intensificação ou redução de intensidade do trabalho.³⁴²

Há aqui, então, dados objetivo e subjetivo. Objetivamente se afere, em dois momentos, a duração (diária, semanal, mensal) do trabalho. Subjetivamente se busca, com as técnicas possíveis (que não são necessariamente aquelas do Direito do Trabalho) a comprovação de intensificação do trabalho na perspectiva do aumento do dispêndio de energia (física, emocional, intelectual, afetiva) do trabalhador.

Há aqui, portanto, alteração contratual trabalhista, pois há uma mudança nas condições inicialmente contratadas, sem que se perceba, entretanto, doutrina e jurisprudência decorrentes de tal medida patronal.

Duração do trabalho e intensidade laborativa não se confundem, portanto, pois se “a primeira se refere à duração do trabalho, a segunda centra seu foco sobre o esforço despendido, a energia gasta, o empenho demonstrado, a velocidade, o ritmo, o passo do trabalho e o envolvimento intelectual e emocional.”³⁴³

É possível, então, que haja aumento do dispêndio de energia por parte do trabalhador em favor de seu empregador com ou sem excesso de jornada. Interessa ao presente estudo, entretanto, especialmente o aumento da intensidade do trabalho sem acréscimo de horas na duração do trabalho ou até mesmo com jornada reduzida, o que é possível mediante a adoção de instrumentos intensificadores do trabalho.

Sadi Dal Rosso explica a distinção entre intensidade e produtividade, em perspectiva econômica:

Produtividade é um conceito que provém do campo da economia. Em economia, na maioria das vezes, o grau de intensidade fica subsumido como parte integrante do conceito de produtividade, sem que lhe seja conferida uma especificidade qualquer. Operamos com a hipótese de que intensidade do trabalho é uma condição distinta de produtividade por envolver elementos e mecanismos diferentes e podendo, portanto, ser construída com estatuto e com forma de mensuração própria.³⁴⁴

342 DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!** A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 23.

343 DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!** A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 90.

344 DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!** A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 25.

Historicamente, com a sociedade industrial europeia e a consequente exploração desmedida imposta à classe operária mediante exigência de cumprimento de jornadas extenuantes, houve resistência da classe trabalhadora, o que deu origem às leis limitadoras de jornada de trabalho e às ferramentas de fiscalização de seu cumprimento. Para superar os óbices legais impostos e atualmente consagrados o capital encontra novas formas de acumulação, como, exemplificativamente, o desenvolvimento e a implementação de tecnologias ou a reorganização dos meios de produção (Taylorismo-Fordismo, Toyotismo e Economia da Tecnologia Digital, exemplificativamente) que determinam o ritmo e a velocidade do trabalho e eliminam intervalos informais de descanso ou períodos de menor intensidade do labor. Dessa forma, consegue garantir a mesma ou até maior produtividade no âmbito de uma jornada igual ou reduzida de trabalho, o que somente é possível mediante o aumento de intensidade do trabalho realizado.

4. Desvio de Função e Intensidade do Trabalho

Conforme o anteriormente exposto, tanto o desvio de função quanto a intensidade do trabalho derivam de alteração no contrato de emprego, normalmente promovidas pelo empregador e comumente em prejuízo, direto ou indireto, ao trabalhador empregado.

Com relação ao desvio de função, não há regra celetista específica para a sua disciplina, o que gera controvérsia doutrinária e dissenso jurisprudencial. Dado o dissenso havido em torno do desvio de função é necessário, desde já, lançar algumas premissas para a correta compreensão do instituto, suas distinções em relação a outros e os efeitos decorrentes da prática. Dessa maneira, nos termos do que se compreende para os fins deste artigo, para que se comprove o desvio de função deve haver, no âmbito do empregador, estrutura organizada de cargos e salários (Plano de Cargos e Salários ou Quadro de Carreira, PCS ou QC), estruturação objetiva de cargos e salários em norma interna ou, ainda, profissão regulamentada que permita padronização remuneratória, ACT ou CCT. Soma-se a tal exigência a comprovação do exercício de tarefas diversas daquelas originalmente previstas para a função. Tal compreensão, entretanto, parece não estar respaldada pela doutrina majoritária e pela jurisprudência, frise-se por oportuno.

As exigências aqui fixadas se justificam em decorrência da necessidade da percepção exata de qual seria a função de enquadramento contratual inicial e qual seria, em contraposição, o conjunto de tarefas que ensejaria o reconhecimento do “desvio”. Seria necessária também a comprovação da desigualdade remuneratória injusta praticada pelo empregador. Em síntese: para que se perceba o “desvio” haveria a necessidade de se conhecer a função original e aquela empreendida na prática sem a respectiva contraprestação correta. Ou em linguagem um tanto mais simples: para que seja possível saber se houve ou não “desvio”, antes deve haver com clareza a definição de qual era o “caminho”.

A regra para a fixação de tarefas é a do parágrafo único do artigo 456 da CLT, ou seja, não havendo prova, cláusula ou definição expressa, entende-se que o empregado se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Sendo assim, se não há PCS, QC, lei, cláusula, ACT ou CCT fixando tarefas e remuneração correspondente, aplicar-se-ia a regra geral do parágrafo único do artigo 456 da CLT, ou seja, não haveria desvio de função.

Há respaldo em diversas decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em que a tese aqui esposada parece mostrar-se majoritária atualmente:

DESVIO DE FUNÇÃO. REQUISITOS. O desvio de função tem como significado o fato de o empregado, com uma posição funcional definida, exercer as atribuições de cargo diverso do seu, caso em que se obriga o empregador ao pagamento de possíveis diferenças resultantes. Pressupõe, portanto, a existência de plano de cargos e salários ou quadro de pessoal organizado em carreira no âmbito da Empresa, ou norma interna, de natureza regulamentar, vinculando o contrato de trabalho, a estabelecer funções e determinada hierarquia com os salários respectivos.³⁴⁵

DESVIO DE FUNÇÃO. REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO. O desvio de função ocorre quando o empregado deixa de exercer suas funções originárias, passando a exercer outras mais complexas, sem o pagamento de acréscimo salarial correspondente, pressupondo a existência de quadro de carreira, instrumento normativo com distinção de salários ou plano de cargos e salários. Quando o embasamento jurídico da pretensão se limita a desvio de função, a sua análise somente poderia adentrar ao mérito se, de fato, houvesse quadro de carreira organizado ou plano de cargos e salários, diante da ausência de pretensões deduzidas quanto a pedido de isonomia salarial, com fundamento em princípios constitucionais de igualdade, de equiparação salarial, com físcas no art. 461 da

345 BRASIL. TRT da 3.ª Região; PJe: 0010876-02.2023.5.03.0001 (ROT); Disponibilização: 06/02/2024; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator(a)/Redator(a) Des. Marcelo Moura Ferreira, consulta em 21/02/2024.

CLT ou de acúmulo de função, com acréscimo salarial por função mais complexa do que a contratada.³⁴⁶

Tal não parece ser o entendimento de boa parte dos Tribunais Trabalhistas, que definem a possibilidade do desvio de função apenas com a prova da função contratada (conjunto de tarefas), do salário correspondente e posterior alteração da situação fática em prejuízo da remuneração, que não será alterada e restará inferior à dos demais empregados exercentes da mesma (nova) função, como se infere dos seguintes julgados:

DESVIO DE FUNÇÃO. DESNECESSIDADE DE PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. Não é necessária a existência de plano de cargos e salários (PCS) para que ocorra desvio de função, pois se assim fosse, em princípio os empregadores não estariam obrigados a remunerar com valores diferentes os empregados que exercem função mais complexa, daqueles de função mais simples, uma vez que implantação de PCS insere-se no rol de disponibilidades do empregador.³⁴⁷

DESVIO DE FUNÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. Frise-se que, para a caracterização do desvio de função basta apenas a comprovação de que a função existe e o empregado a exerceu, em desconformidade com a função na qual estava enquadrado e era remunerado, prescindindo, portanto, de paradigma no mesmo estabelecimento. Na verdade, equiparação e desvio de função são institutos distintos. Além disto, também não prevalece a tese de que, para se configurar o desvio de função, a empresa tem que ter quadro de carreira homologado e registrado no MTE, porque o princípio da isonomia assegura ao empregado receber salário igual ao daquele que for pago para serviço semelhante, ainda que não haja dentro da empresa quem exerce a mesma função, conforme preceitua o artigo 460 da CLT, não sendo necessária a existência de planos de cargos e salários, que apenas organizam a estrutura interna da empresa.³⁴⁸

DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. A ausência de plano de cargos e salários, devidamente homologado, não afasta a pretensão autoral, se as atividades realizadas pela empregada extrapolavam às previstas para o cargo para o qual foi contratada. Configura-se o desvio de função quando se atribui ao trabalhador carga ocupacional qualitativamente e quantitativamente superior, sem a remuneração respectiva, ensejando o pagamento das diferenças salariais.³⁴⁹

346 BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0012324-73.2017.5.03.0048 (ROT); Disponibilização: 31/05/2021; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator(a)/Redator(a) Manoel Barbosa da Silva, consulta em 21/02/2024.

347 BRASIL. TRT 3.^a Região, 1^a Turma, processo n. 01640-2012-023-03-00-6 RO, relator Desembargador José Eduardo Resende Chaves Jr., publicação 25/06/2013, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 07/11/2013.

348 BRASIL. TRT, 3^a Região, 3^a Turma, processo n. 0128300-69.2009.5.03.0029 RO, relator Desembargador Bolivar Viegas Peixoto, publicação em 06/09/2010, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 07/11/2013.

349 BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010004-34.2021.5.03.0008 (ROT); Disponibilização: 06/02/2024; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator(a)/Redator(a) Paula Oliveira Cantelli, consulta em 21/02/2024.

Na divergência aqui trazida e em outras de mesmo conteúdo percebe-se que os julgadores compreendem a existência do desvio pela simples mudança no conjunto das tarefas contratadas, independentemente de norma ou cláusula contratual, tendo ou não PCS, QC, lei, cláusula, ACT ou CCT.

Inobstante a divergência, para os fins do presente artigo é possível fixar o seguinte conceito para desvio de função: alteração contratual trabalhista em que o empregador modifica o conjunto das tarefas anteriormente confiadas ao empregado, descumprindo o que disciplina seu Plano de Cargos e Salários, Quadro de Carreira ou Regulamento Interno, ou ainda a regulamentação específica (legal) da profissão, ACT ou CCT, com prejuízos remuneratórios para o empregado devida e previamente comprovados em razão do descumprimento da norma ou cláusula.

Possível afirmar também que não se confunde o desvio de função com equiparação salarial e nem tampouco com isonomia remuneratória, embora sejam figuras próximas e ainda que um dos fundamentos para que se reconheçam efeitos jurídicos do desvio seja o princípio da isonomia. São distintos a figura jurídica decorrente de situação fática no plano da alteração contratual (desvio de função) e o efeito dela resultante (isonomia remuneratória).

O reconhecimento do desvio enseja um novo enquadramento quando as tarefas efetivamente praticadas estão integralmente previstas em função “superior” àquela formalmente ajustada e remunerada, desde que preencha o trabalhador os requisitos (objetivos e subjetivos) para acessá-la. Entretanto, ainda que não haja comprovação de que o trabalhador preenche os requisitos para acessar a função “superior”, haverá repercussões remuneratórias, sem que haja novo enquadramento. Haverá, em ambos os casos, pagamento da diferença entre a função contratada e a efetivamente desempenhada pelo trabalhador, consoante interpretação que se pode fazer dos termos da Orientação Jurisprudencial 125 da SBDI-1 do TST: “OJ-SDI1-125 DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA (alterado em 13.03.2002) O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988.”

Já a intensidade do trabalho, como visto, não se confunde minimamente com desvio de função. É imposição de maior dispêndio de energia do trabalhador

considerado em sua totalidade, ou seja, física, emocional, intelectual e afetivamente, dentro de uma mesma jornada legal ou contratualmente fixada. Há, então, necessariamente, dois momentos para que se afira a intensidade laboral: um período inicial, (1), em que o trabalhador dispende energia e um segundo momento, (2), em que se afere o aumento do gasto de energia e do desgaste do trabalhador, mas mantida a mesma jornada fixada no momento anterior, podendo haver ou não prejuízos ao trabalhador, sejam eles materiais ou morais, contratuais ou extralaborais.

Para efeito de distinção e vistos os dois conceitos é possível listar suas características, o que visualmente parece ser mais simples com a seguinte tabela:

Desvio de Função e Intensidade Laboral: características

DESVIO DE FUNÇÃO	INTENSIDADE LABORAL
Alteração contratual trabalhista	Alteração contratual trabalhista
Alteração de função	Aumento no dispêndio de energia laboral
PCS, QC, lei, Regulamento Interno	Mesma jornada
Prejuízos remuneratórios	Com ou sem prejuízos

Elaborado pelo autor

Diferente situação se dá, nos planos fático e jurídico, com o acúmulo de função, conforme será visto adiante.

5. Acúmulo de Função e Intensidade do Trabalho

Também é possível que haja em um dado contrato de emprego o acúmulo de função, figura diversa da anteriormente analisada. Há, também aqui, alteração contratual trabalhista relacionada ao cumprimento de tarefas, mas sem necessária relação com a duração do trabalho. Para que haja o reconhecimento do acúmulo de função é necessária a comprovação de desequilíbrio (quantitativo ou qualitativo) entre as tarefas contratadas e realizadas, sem que haja, necessariamente, a estruturação do empregador por meio de Plano de Cargos e Salários ou Quadro de Carreiras, dispensando-se, também, lei, ACT, CCT ou cláusulas contratuais sobre tarefas. Além do desequilíbrio deve haver concomitância e habitualidade entre as tarefas contratadas e realizadas. Por fim, deve o

trabalhador comprovar prejuízos advindos do acúmulo e demonstrar que sua situação não se amolda ao permissivo celetista do artigo 456, parágrafo único.

O acúmulo, ao contrário do que ocorre com o desvio, não acarreta, imediatamente, o pagamento das diferenças salariais havidas entre as funções. Caso haja previsão legal ou em norma coletiva haverá o pagamento previsto em seus termos (adicional por acúmulo de função, por exemplo). Caso contrário, deverá o empregado comprovar o prejuízo indenizável e perceber reparação a ser fixada pelo juízo trabalhista.

A divergência jurisprudencial em relação ao tema do acúmulo parece ser menos significativa em comparação com o tema do desvio de função. Exemplificativamente as seguintes decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

ACÚMULO DE FUNÇÃO. NÃO CARACTERIZADO. O acúmulo de função se caracteriza por um desequilíbrio qualitativo ou quantitativo entre as funções inicialmente combinadas entre as partes, quando o empregador passa a exigir de seu empregado, concomitantemente, afazeres alheios ao contrato sem a devida contraprestação. Destarte, para o acolhimento do pedido de pagamento de diferenças salariais por acúmulo ou desvio de função, não basta a prova de prestação simultânea e habitual de serviços distintos, sendo necessário que as atividades exercidas sejam incompatíveis com a função para a qual o trabalhador foi contratado, o que não se verifica na hipótese em apreço.³⁵⁰

ACÚMULO DE FUNÇÃO - O acúmulo de funções só se caracteriza quando as tarefas extras desempenhadas pelo empregado causam um desequilíbrio qualitativo ou quantitativo entre as funções inicialmente ajustadas, sem a devida contraprestação. Desse modo, verificando-se a realização de atividades perfeitamente compatíveis com a função para a qual foi contratada a reclamante, indevido é o acréscimo salarial pretendido.³⁵¹

ACÚMULO DE FUNÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O acúmulo de funções caracteriza-se por um desequilíbrio qualitativo ou quantitativo entre as funções inicialmente combinadas entre empregado e empregador, quando exigidos, concomitantemente, outros afazeres alheios ao contrato, sem a devida contraprestação. Quanto assim não demonstrado incide o teor do art. 456 da CLT, parágrafo único, no sentido de que "à falta de prova ou inexistindo

350 BRASIL. TRT da 3.ª Região; PJe: 0010485-18.2023.5.03.0043 (ROT); Disponibilização: 20/02/2024; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator(a)/Redator(a) Danilo Siqueira de C.Faria, consulta em 21/02/2024.

351 BRASIL. TRT da 3.ª Região; PJe: 0010227-86.2023.5.03.0017 (ROT); Disponibilização: 08/02/2024; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator(a)/Redator(a) Jorge Berg de Mendonca, consulta em 21/02/2024.

cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal".³⁵²

Há, entretanto, julgados no sentido da exigência de Plano de Cargos e Salários, Quadro de Carreira, legislação, cláusula contratual, ACT ou CCT para a caracterização do acúmulo de função:

ACÚMULO DE FUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. O acúmulo de função tem como significado o fato de o empregado, com uma posição funcional definida, exercer as atribuições de cargo diverso ao seu, caso em que se obriga o empregador ao pagamento de possíveis diferenças resultantes. Pressupõe, portanto, a existência de plano de cargos e salários ou quadro de pessoal organizado em carreira no âmbito da empresa, ou norma interna, de natureza regulamentar, vinculando o contrato de trabalho, a estabelecer funções e determinada hierarquia, com os salários respectivos, o que não se verificou no caso dos autos.³⁵³

É possível perceber diferença em relação ao desvio e ao acúmulo, suficiente a afastar as exigências de PCS, QC, lei, ACT, CCT ou cláusula. No acúmulo a comprovação da alteração contratual trabalhista decorre de um aumento do número de tarefas fixadas inicialmente no conjunto que revela a função contratada. Assim, basta que se reconheça uma soma. Exemplificativamente, em vez de cumprir quatro tarefas o empregado passa, posteriormente à contratação, a cumprir seis. Não há, portanto, necessidade de uma previsão regulamentar para que se verifique a soma, o acréscimo, o acúmulo. Ao contrário do que acontece no desvio, que só é perceptível e comprovável se houver a definição prévia, formal e por escrito, de qual seria a descrição do cargo ou função, com remuneração correspondente.

O conceito então aqui fixado para acúmulo de função é o seguinte: alteração contratual trabalhista em que o empregador modifica, quantitativamente, o conjunto das tarefas anteriormente confiadas ao empregado, promovendo acréscimo em seu no número, sem que se possa considerar o aumento parte daquilo que seria naturalmente compatível com as atribuições originais, resultando em prejuízos remuneratórios para o empregado.

352 BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010907-39.2022.5.03.0136 (ROT); Disponibilização: 01/02/2024; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator(a)/Redator(a) Convocado Marcelo Oliveira da Silva, consulta em 21/02/2024.

353 BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010761-10.2022.5.03.0132 (ROT); Disponibilização: 09/02/2024; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator(a)/Redator(a) Milton V.Thibau de Almeida, consulta em 21/02/2024.

No caso do desvio de função há a fixação do quantum devido em decorrência da cláusula (PCS, QC) ou da norma (lei, ACT, CCT), sendo de simples aferição e aplicação do dispositivo ao caso concreto. Ao contrário, por não haver tais exigências (cláusula ou norma) para o acúmulo, o prejuízo suportado pelo empregado será fixado judicialmente. É claro que, embora inexigível, se houver cláusula ou norma, aplica-se para a fixação do quantum. Mas se não houver, caberá ao arbítrio do juiz a fixação do valor devido.

Oportuna também uma visualização do quadro distintivo e característico do que sejam acúmulo de função e intensidade laboral:

Acúmulo de Função e Intensidade Laboral: características

ACÚMULO DE FUNÇÃO	INTENSIDADE LABORAL
Alteração contratual trabalhista	Alteração contratual trabalhista
Acréscimo de tarefas	Aumento no dispêndio de energia laboral
Acréscimo incompatível com atribuições originais	Mesma jornada
Prejuízos remuneratórios	Com ou sem prejuízos

Elaborado pelo autor

Não se confundem, então, acúmulo de função, desvio de função e intensidade laboral, sendo diferentes também os efeitos práticos decorrentes de cada situação jurídica.

6. Efeitos Práticos das Alterações Contratuais: desvio de função, acúmulo de função e intensidade do trabalho.

Para a fixação de efeitos práticos das alterações contratuais trabalhistas concernentes em desvio de função, acúmulo de função e intensidade do trabalho é necessário aqui repassar cada conceito.

Intensidade laboral, para os fins do Direito do Trabalho e especificamente do presente artigo, é a imposição de maior dispêndio de energia do trabalhador considerado em sua totalidade, ou seja, física, emocional, intelectual e afetivamente, dentro de uma

mesma jornada legal ou contratualmente fixada. Há, então, necessariamente, dois momentos para que se afira a intensidade laboral: um período inicial, (1), em que o trabalhador dispense energia e um segundo momento, (2), em que se afere o aumento do gasto de energia e do desgaste do trabalhador, mas mantida a mesma jornada fixada no momento anterior, podendo haver ou não prejuízos ao trabalhador, sejam eles materiais ou morais, contratuais ou extralaborais.

Desvio de função é alteração contratual trabalhista em que o empregador modifica o conjunto das tarefas anteriormente confiadas ao empregado, descumprindo o que disciplina seu Plano de Cargos e Salários, Quadro de Carreira, Regulamento Interno, ou ainda a regulamentação específica (legal) da profissão, ACT ou CCT, com prejuízos remuneratórios para o empregado devida e previamente comprovados em razão do descumprimento da norma ou cláusula.

Alteração de função consiste em alteração contratual trabalhista em que o empregador modifica, quantitativamente, o conjunto das tarefas anteriormente confiadas ao empregado, promovendo acréscimo em seu no número, sem que se possa considerar o aumento parte daquilo que seria naturalmente compatível com as atribuições originais, resultando em prejuízos remuneratórios para o empregado.

A imagem seguinte reflete as características de cada instituto jurídico:

Acúmulo de Função e Intensidade Laboral: características

ACÚMULO DE FUNÇÃO	INTENSIDADE LABORAL	DESVIO DE FUNÇÃO
Alteração contratual trabalhista	Alteração contratual trabalhista	Alteração contratual trabalhista
Acréscimo de tarefas	Aumento no dispêndio de energia laboral	Alteração de função
Acréscimo incompatível com atribuições originais	Mesma jornada	PCS, QC, lei, Regulamento Interno
Prejuízos remuneratórios	Com ou sem prejuízos	Prejuízos remuneratórios

Elaborado pelo autor

Diante do exposto será mais simples promover a análise dos efeitos práticos das alterações contratuais na ordem inversa da apresentada acima, iniciando-se, então, dos efeitos do acúmulo de função. Destaque-se, antes, que os efeitos aqui relevantes são aqueles vinculados à remuneração e ao salário do empregado, afinal de contas a cláusula contratual mais relevante dos contratos de emprego tende a ser aquela que trata dos ganhos que o trabalhador obtém em decorrência da disposição de seu tempo de vida em proveito de outrem.

Como regra que comporta pouquíssimas exceções, os trabalhadores (mesmo os não-empregados) só trabalham em razão da contraprestação esperada. Assim, proteger o salário é da essência do Direito do Trabalho. É importante ressaltar a ideia e não há nenhum problema nisso. Diferentemente do que querem fazer crer alguns administradores, gestores, empregadores, não há na relação capital-trabalho uma avença colaborativa³⁵⁴. O que há, e deve haver, é antagonismo. Interesses opostos, sinalagmáticos, divergentes. Trabalha-se porque precisa. Contrata-se porque precisa. Se não houvesse (e quando não há) necessidade, simplesmente não se contrata. Não se trata de prazer, obrigação natural, dimensão espiritual. Há necessidade de trabalhar para receber dinheiro em troca. Simples assim.

No caso de acúmulo de função duas situações podem acontecer e em cada uma delas será diferente o efeito jurídico.

A primeira delas e que tende a ser a mais usual é a de inexistência de cláusula (PCS, QC, Regimento) ou norma (lei, ACT, CCT) que discipline a estrutura das tarefas, cargos, salários e respectiva remuneração. Constatado o acúmulo de função e inexistente cláusula ou norma específica cabe ao juiz arbitrar o valor devido.

Outra possibilidade é de haver cláusula (PCS, QC, Regimento) ou norma (lei, ACT, CCT) que discipline a estrutura das tarefas, cargos, salários e respectiva remuneração, embora, repita-se por importante, sejam estas desnecessárias à configuração do acúmulo de função. Em tal caso a fixação do quantum devido ao empregado dependerá apenas da aplicação da cláusula ou norma ao caso concreto.

354 A etimologia do termo “colaborar” mostra “trabalhar com”, o que não revela, como exaustivamente exposto, a ideia do contrato de emprego, em que há “trabalhar para”.

No caso de desvio de função, uma vez comprovada a alteração contratual trabalhista deve o intérprete (jugador) aplicar a cláusula (PCS, QC, Regimento) ou norma (lei, ACT, CCT) que disciplina a estrutura das tarefas, cargos, salários e aplicar a respectiva remuneração, ou a diferença salarial decorrente do desvio.

Já os efeitos da intensidade laboral não recebem da ordem jurídica brasileira a atenção dada ao acúmulo e ao desvio de função. Considerados os casos em que a intensidade laboral não decorre nem de acúmulo e nem de desvio de função, há apenas maior dispêndio de energia do empregado em uma mesma jornada, que resta inalterada. Considerada a remuneração do trabalhador por unidade de tempo, não haverá intrinsecamente um valor identificável no contrato decorrente da maior intensidade laboral. Trabalha-se mais, no mesmo tempo. Assim, se o critério do pagamento usual é só o tempo, e não a intensidade, não haveria, aprioristicamente, um valor a ser pago em decorrência da alteração contratual. Nos casos em que se remunera produtividade, a maior intensidade deve gerar mais produção e, conseqüentemente, mais salário, não havendo aqui nada a ser vindicado pelo empregado em juízo ou fora dele.

É possível afirmar, então, que a maior intensidade laboral pode ou não resultar em prejuízos indenizáveis. Há pessoas que trabalham mais no mesmo tempo e não sentem nada. Outras ao serem compelidas à intensificação do trabalho sofrem impactos decorrentes da mudança. Os prejuízos podem ser materiais ou morais, contratuais ou extralaborais, sendo, de todo modo, de difícil comprovação. Se trabalhar mais em uma mesma jornada traz qualquer abalo ao empregado poderá haver indenização decorrente da maior intensidade laboral. O fundamento é o ilícito decorrente de alteração contratual, com agressão à regra do artigo 468 da CLT.

Sadi dal Rosso fundamenta os prejuízos advindos ao empregado a partir da relação saúde-trabalho:

A elevação da carga de trabalho que é observada nos dias de hoje e que se expande como uma onda com características diferenciadas por ramos de atividade produz efeitos sobre os corpos dos trabalhadores. Seja por meio da explosão tecnológica da informática, seja por meio da reorganização social, o trabalho é transformado, redesenhado, precarizado, intensificado. Das especificidades próprias do trabalho contemporâneo parece resultar um conjunto de problemas de saúde de natureza diversa. Em decorrência das crescentes exigências emocionais e mentais do trabalho supomos que seria

possível encontrar sinais de um volume maior de problemas dessa ordem sobre a saúde dos empregados, a despeito do fato de o trabalho material continuar produzindo seus efeitos sobre os corpos em termos de acidentes, lesões físicas e doenças permanentes, pois a sociedade industrial não está abolida em hipótese alguma. Supõe-se que, lado a lado ao perfil de problemas típicos da sociedade industrial, esteja se conformando um outro padrão de problemas saúde-trabalho.³⁵⁵

O que se defende aqui não é a reparação do dano (material ou moral) decorrente de adoecimento devidamente comprovado. Afirma-se a possibilidade da indenização decorrente do simples ilícito de descumprimento da regra do artigo 468 da CLT, em razão da alteração contratual trabalhista consistente em maior intensidade laboral, desde que haja um prejuízo qualquer ao trabalhador.

7. Conclusões

O presente artigo tem como objetivo principal fixar os efeitos das alterações contratuais trabalhistas consistentes em acúmulo de função, desvio de função e intensidade do trabalho. Para tanto, houve a necessidade de partir de conceitos claros e objetivos.

Intensidade laboral, para os fins do Direito do Trabalho e especificamente do presente artigo, é a imposição de maior dispêndio de energia do trabalhador considerado em sua totalidade, ou seja, física, emocional, intelectual e afetivamente, dentro de uma mesma jornada legal ou contratualmente fixada. Há, então, necessariamente, dois momentos para que se afira a intensidade laboral: um período inicial, (1), em que o trabalhador dispense energia e um segundo momento, (2), em que se afere o aumento do gasto de energia e do desgaste do trabalhador, mas mantida a mesma jornada fixada no momento anterior, podendo haver ou não prejuízos ao trabalhador, sejam eles materiais ou morais, contratuais ou extralaborais.

Desvio de função é alteração contratual trabalhista em que o empregador modifica o conjunto das tarefas anteriormente confiadas ao empregado, descumprindo o que disciplina seu Plano de Cargos e Salários, Quadro de Carreira, Regulamento Interno,

355 DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!** A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 136-137

ou ainda a regulamentação específica (legal) da profissão, ACT ou CCT, com prejuízos remuneratórios para o empregado devida e previamente comprovados em razão do descumprimento da norma ou cláusula.

Alteração de função consiste em alteração contratual trabalhista em que o empregador modifica, quantitativamente, o conjunto das tarefas anteriormente confiadas ao empregado, promovendo acréscimo em seu número, sem que se possa considerar o aumento parte daquilo que seria naturalmente compatível com as atribuições originais, resultando em prejuízos remuneratórios para o empregado.

No caso de acúmulo de função duas situações podem acontecer e em cada uma delas será diferente o efeito jurídico. A primeira delas é que tende a ser a mais usual é a de inexistência de cláusula (PCS, QC, Regimento) ou norma (lei, ACT, CCT) que discipline a estrutura das tarefas, cargos, salários e respectiva remuneração. Constatado o acúmulo de função e inexistente cláusula ou norma específica cabe ao juiz arbitrar o valor devido. Outra possibilidade é de haver cláusula (PCS, QC, Regimento) ou norma (lei, ACT, CCT) que discipline a estrutura das tarefas, cargos, salários e respectiva remuneração, embora, repita-se por importante, sejam estas desnecessárias à configuração do acúmulo de função. Em tal caso a fixação do quantum devido ao empregado dependerá apenas da aplicação da cláusula ou norma ao caso concreto.

No caso de desvio de função, uma vez comprovada a alteração contratual trabalhista deve o intérprete (juiz) aplicar a cláusula (PCS, QC, Regimento) ou norma (lei, ACT, CCT) que disciplina a estrutura das tarefas, cargos, salários e aplicar a respectiva remuneração, ou a diferença salarial decorrente do desvio.

Já os efeitos da intensidade laboral não recebem da ordem jurídica brasileira a atenção dada ao acúmulo e ao desvio de função. Considerados os casos em que a intensidade laboral não decorre nem de acúmulo e nem de desvio de função, há apenas maior dispêndio de energia do empregado em uma mesma jornada, que resta inalterada. Considerada a remuneração do trabalhador por unidade de tempo, não haverá intrinsecamente um valor identificável no contrato decorrente da maior intensidade laboral. Trabalha-se mais, no mesmo tempo. Assim, se o critério do pagamento usual é só o tempo, e não a intensidade, não haveria, aprioristicamente, um valor a ser pago em decorrência da alteração contratual. Nos casos em que se remunera produtividade, a maior

intensidade deve gerar mais produção e, conseqüentemente, mais salário, não havendo aqui nada a ser vindicado pelo empregado em juízo ou fora dele.

É possível afirmar, então, que a maior intensidade laboral pode ou não resultar em prejuízos indenizáveis. Há pessoas que trabalham mais no mesmo tempo e não sentem nada. Outras ao serem compelidas à intensificação do trabalho sofrem impactos decorrentes da mudança. Os prejuízos podem ser materiais ou morais, contratuais ou extralaborais, sendo, de todo modo, de difícil comprovação. Se trabalhar mais em uma mesma jornada traz qualquer abalo ao empregado poderá haver indenização decorrente da maior intensidade laboral. O fundamento é o ilícito decorrente de alteração contratual, com agressão à regra do artigo 468 da CLT.

REFERÊNCIAS

BRASIL. TRT 3.^a Região, 1^a Turma, processo n. 01640-2012-023-03-00-6 RO, relator Desembargador José Eduardo Resende Chaves Jr., publicação 25/06/2013, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 07/11/2013.

BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010004-34.2021.5.03.0008 (ROT); Disponibilização: 06/02/2024; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator(a)/Redator(a) Paula Oliveira Cantelli, consulta em 21/02/2024.

BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010227-86.2023.5.03.0017 (ROT); Disponibilização: 08/02/2024; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator(a)/Redator(a) Jorge Berg de Mendonca, consulta em 21/02/2024.

BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010485-18.2023.5.03.0043 (ROT); Disponibilização: 20/02/2024; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator(a)/Redator(a) Danilo Siqueira de C.Faria, consulta em 21/02/2024.

BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010761-10.2022.5.03.0132 (ROT); Disponibilização: 09/02/2024; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator(a)/Redator(a) Milton V.Thibau de Almeida, consulta em 21/02/2024.

BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010876-02.2023.5.03.0001 (ROT); Disponibilização: 06/02/2024; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator(a)/Redator(a) Des. Marcelo Moura Ferreira, consulta em 21/02/2024.

BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0010907-39.2022.5.03.0136 (ROT); Disponibilização: 01/02/2024; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator(a)/Redator(a) Convocado Marcelo Oliveira da Silva, consulta em 21/02/2024.

BRASIL. TRT da 3.^a Região; PJe: 0012324-73.2017.5.03.0048 (ROT); Disponibilização: 31/05/2021; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator(a)/Redator(a) Manoel Barbosa da Silva, consulta em 21/02/2024.

BRASIL. TRT, 3^a Região, 3^a Turma, processo n. 0128300-69.2009.5.03.0029 RO, relator Desembargador Bolivar Viegas Peixoto, publicação em 06/09/2010, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 07/11/2013.

BURCHELL, 2009 *apud* DAL ROSSO, Sadi; CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Intensidade do trabalho: questões conceituais e metodológicas. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 30, n. 3, set./dez. 2015, p. 7. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/RNpccFSrCBTFhVcpZWhqTLF/?lang=pt#>. Acesso em: 28 jun. 2021.

CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Intensidade do trabalho: questões conceituais e metodológicas. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 30, n. 3, set./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/RNpccFSrCBTFhVcpZWhqTLF/?lang=pt#>. Acesso em: 28 jun. 2021.

CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Organização e intensificação do tempo de trabalho. **Sociedade e Estado**, v. 28, n. 2, maio/ago. 2013.

DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!** A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr., 2011. p. 810.

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

MELGAR MONTOYA, Alfredo. **Derecho del Trabajo**. 34. Ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 226