

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

ALEXANDER PERAZO NUNES DE CARVALHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line]

Organização CONPEDI

Coordenadores: Alexander Perazo Nunes de Carvalho; Thais Janaina Wenczenovicz; Valéria Silva Galdino Cardin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-863-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Eficácia de direitos fundamentais. 3. Relações do trabalho, sociais e empresariais. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

Os Direitos Fundamentais têm eficácia vertical, por serem oponíveis contra o Estado, como direitos de defesa individual perante o arbítrio de poder que este eventualmente possa exercer, em determinados casos, quando vier a extrapolar suas funções legais. Comumente a eficácia horizontal representa uma constatação de que a opressão e a violência não advém somente do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fazendo com que a incidência dos direitos fundamentais fosse estendida para as relações particulares. Nesse contexto, torna-se salutar dialogar sobre a eficácia de direitos Fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais e dessa forma esse exercício foi dialogicamente realizado no decorrer dos 12 capítulos que seguem.

O capítulo 1 intitulado "ESTOU ENCANTADA COMO UMA NOVA INVENÇÃO": RESSURREIÇÃO DIGITAL E A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE PESSOA FALECIDA com autoria de Ithala Oliveira Souza, Pedro Durão e Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias busca analisar a viabilidade de exploração comercial dos direitos personalíssimos de pessoa falecida e os desdobramentos decorrentes da utilização da inteligência artificial e tecnologias computacionais para este fim, com ênfase no comercial "VM Brasil 70: o novo veio de novo" produzido pela concessionária alemã Volkswagen que ressuscitou a cantora brasileira, Elis Regina, falecida na década de 80, com este propósito. A discussão foi atravessada pelos elementos dos direitos personalíssimos contemporâneos, pela ressurreição digital, pelas teorias que se debruçam sobre a existência dos direitos personalíssimos pós-morte e a legitimidade conferida aos herdeiros para exercê-los, ao final, recaiu a discussão sobre o vácuo legislativo e regulamentar acerca das novas tecnologias e seus impactos nas relações jurídicas sociais e empresariais, interpessoais e comerciais. Para o fim proposto, adotou-se a pesquisa de natureza explicativa e descritiva, com abordagem preferencialmente dedutiva, em fontes bibliográficas e documentais. Por principal limitação, persistiu, inegavelmente, as escassas fontes sobre o tema em âmbito brasileira, literária ou legislativa.

O segundo capítulo escrito por Davi Niemann Ottoni , Matheus Oliveira Maia , Gabriel Gomes da Luz denominado A COISA JULGADA COMO FORMA DE GARANTIA DE SEGURANÇA DAS RELAÇÕES SOCIAIS tem como objetivo principal realizar uma análise conceitual abrangente da coisa julgada no contexto das relações sociais, explorando

aspectos subjetivos, adjetivos e administrativos desses conceitos. Além disso, busca defender a importância da segurança jurídica nas decisões proferidas pelo judiciário. Para alcançar esses objetivos e conclusões, o artigo adota uma metodologia de pesquisa integrada, caracterizada pela análise minuciosa e dedutiva das questões abordadas. A técnica de pesquisa bibliográfica é empregada para embasar a argumentação e sustentar as conclusões apresentadas. A coisa julgada desempenha um papel crucial na estabilidade e previsibilidade das relações sociais, uma vez que garante que as decisões judiciais definitivas tenham efeitos duradouros e imutáveis. Nesse contexto, são exploradas as dimensões subjetivas, relacionadas aos direitos das partes envolvidas, bem como as dimensões adjetivas, que se referem ao processo e aos requisitos para a formação da coisa julgada. Além disso, são discutidas questões administrativas, que envolvem a gestão eficiente do sistema judiciário para assegurar que as decisões sejam cumpridas e que a justiça seja efetivamente alcançada. No contexto atual, em que a sociedade enfrenta desafios complexos e variados, a segurança jurídica se torna ainda mais essencial para a harmonia das relações sociais e o funcionamento adequado do Estado de Direito. Portanto, este artigo ressalta a relevância da coisa julgada como um pilar fundamental desse sistema, contribuindo para uma compreensão mais abrangente de sua importância nas questões sociais e legais.

O terceiro capítulo titulado ABORDAGEM INTERSECCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DE GÊNERO: ANÁLISE DE PROTOCOLOS, LEGISLAÇÕES E ESTUDO DE CASO das autoras

Esther Sanches Pitaluga, Marília Claudia Martins Vieira E Couto e Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos dialogam acerca de necessária a investigação da interseção entre gênero, desenvolvimento sustentável e direitos humanos, enfatizando o papel das desigualdades de gênero na moldagem dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU. A análise da incorporação de perspectivas de gênero nos ODS evidencia a relevância de abordar questões de gênero para promover um progresso genuinamente equitativo. Adicionalmente, a pesquisa investiga a aplicação prática de perspectivas de gênero em políticas legais, exemplificadas pelo Protocolo de Gênero do CNJ e pela Lei nº 14.611/2023, evidenciando como essas iniciativas podem contribuir para uma maior igualdade de gênero no contexto jurídico. Ao examinar o primeiro caso de aplicação do Protocolo de Gênero do CNJ, incluindo exemplo, o estudo lança luz sobre os desafios enfrentados na efetiva implementação da legislação. Com isso, o artigo oferece uma perspectiva abrangente das interações entre abordagens interseccionais, gênero, desenvolvimento sustentável e políticas legais, destacando a importância crucial de considerar a complexidade das identidades e formas de discriminação para impulsionar a promoção da igualdade e justiça em diversos aspectos da sociedade.

Na sequência com o título **CONTROLE DE JORNADA NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA** de Cynthia Lessa Costa, aponta que a partir de 2017 a legislação trabalhista brasileira foi alterada substancialmente pela chamada “Reforma Trabalhista” sob o pretexto de que a legislação brasileira precisava modernizar-se para acompanhar as novas exigências do mundo do trabalho e gerar mais empregos. Uma das matérias em que supostamente a legislação brasileira precisava modernizar-se referia-se à jornada de trabalho e, quando se diz, “modernizar-se”, leia-se flexibilizar a lei pela via legislativa, ou de modo menos eufemístico, precarizar, utilizar a lei para retirar direitos fundamentais. Com o intuito de melhor compreender a temática e a posição do Brasil na busca pela modernização da legislação trabalhista, vai-se até o direito internacional e o direito comparado coletar perspectivas sobre o tema e chega-se a fundamentos que sustentam posicionamento contrário ao proposto pela Reforma Trabalhista e, ao que tudo indica, referendado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, foram trazidas as Diretiva 2003/88/CE e diretiva 89/391/CEE, ambas da (atual) União Europeia e ao Caso C-55/18 ECJ —Deutsche Bank S.A.E., do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O capítulo 5 nominado **DIREITO E TECNOLOGIA: PROTEÇÃO DE DADOS DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS** de Esdras da Silva dos Santos e Carlos Alberto Rohrmann analisa as mudanças provocadas pela tecnologia no trabalho humano, limitando como objeto de estudo trabalhos realizados pelas plataformas digitais como a Uber - aplicativo que conecta motoristas e passageiros visando o transporte entre diferentes localidades e o ifood que intermedia a compra e entrega de diferentes produtos e a entrega destes por um entregador. Esse tipo de trabalho é precário e sem qualquer proteção jurídica, violando direitos fundamentais e humano, tais como a privacidade e a intimidade dos trabalhadores que se utilizam das plataformas para seu trabalho. A metodologia da pesquisa proposta tem como vertente o raciocínio jurídico-sociológico, será feita uma pesquisa bibliográfica, tendo como base a doutrina, sendo apresentado estudos teórico, bibliográfico e doutrinário acerca dos conceitos; as fontes da pesquisa consistem em livros, artigos jurídicos e periódicos, em meio físico ou virtual. O objetivo principal é demonstrar a desproteção dos dados dos trabalhadores de plataforma e corroborar a importância de reconhecer os direitos sociais e, assim, proteger esses trabalhadores.

O sexto capítulo redigido por Flávio Maria Leite Pinheiro, Elane Aguiar Costa Lucas e Evlym Dielis Bezerra Lima com o título **EXAMINANDO O ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA CONEXÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS** indica que a propriedade intelectual, como um campo multifacetado de direitos que abrange a proteção de bens imateriais e a regulação da concorrência, desempenha um papel essencial na sociedade

contemporânea. Esta área do direito, que abarca desde o direito autoral e as patentes até as marcas comerciais e os segredos comerciais, está intrinsecamente ligada à produção, compartilhamento e acesso a informações, conhecimentos e culturas. Neste contexto, a propriedade intelectual enfrenta constantes desafios e debates em todo o mundo, à medida que se busca encontrar um equilíbrio delicado entre proteger os direitos dos autores e inventores e garantir o acesso amplo e equitativo ao conhecimento e à cultura. Essa busca pelo equilíbrio é crucial para que a propriedade intelectual cumpra sua função social, promovendo o desenvolvimento cultural e tecnológico acessível a todos. O objetivo deste artigo é analisar profundamente as diversas facetas da propriedade intelectual, desde suas teorias de justificação até seu impacto nas esferas econômicas, culturais e sociais. Além disso, busca-se explorar a relação entre a propriedade intelectual e os direitos humanos, destacando a importância de garantir que os benefícios da criação intelectual se estendam a toda a sociedade. O estudo também considera a propriedade intelectual como um componente essencial do meio ambiente cultural e intelectual, uma perspectiva que busca equilibrar o interesse individual dos criadores com o acesso coletivo ao conhecimento. A metodologia adotada consiste na análise crítica de textos acadêmicos e documentos internacionais relacionados à propriedade intelectual, bem como na revisão de tratados e convenções internacionais pertinentes a essa área.

O sétimo capítulo **HOLDING FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO DAS EMPRESAS FAMILIARES: UMA ESTRATÉGIA PARA CONTINUIDADE E EFICIÊNCIA EMPRESARIAL** dos autores Erika Araújo de Castro, Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Clarindo Ferreira Araújo Filho apresentam um estudo de abordagem qualitativa e natureza jurídica, com eixo central 'holding' com ênfase no planejamento sucessório de organizações familiares, sob a perspectiva dos aspectos legais e doutrinários que cercam a sucessão de empresas familiares, com ênfase na avaliação da eficiência e dos benefícios das holdings no planejar a sucessão dessas empresas. O desafio da sucessão nas empresas familiares é um tema com complexidades variadas que abrange também dimensões emocionais e familiares, além de diretrizes de alinhamento de valores, questões fiscais e tributárias e o equilíbrio de interesses dos negócios societários e imobiliários. A passagem de poder e responsabilidade entre gerações no contexto de uma empresa familiar pode ser cercada de dificuldades que influenciam tanto a continuidade das operações quanto os vínculos pessoais entre seus membros, cujos conflitos podem ser mitigados com a adoção de estratégias de planejamento e implementação de governança destas organizações. O planejamento adequado da transição sucessória é fundamental para garantir que ela ocorra sem grandes perdas e desgastes, pois promove a proteção patrimonial, reduz a carga tributária e contribui para a perpetuação da empresa. Diante disso, a holding familiar, que é um tipo particular de holding que centraliza a administração e o controle do

patrimônio familiar, engloba negócios, imóveis e investimentos que se mostrem eficientes para o plano sucessório, cujo objetivo é garantir a manutenção das operações empresariais e a agilização da promoção da transição entre diferentes gerações e da continuidade bem-sucedida dos negócios dentro da estrutura organizacional.

O EMPREGADOR PODE EXIGIR A APRESENTAÇÃO DE PASSAPORTE VACINAL CONTRA COVID-19? com autoria de Fábio Gondinho de Oliveira, corresponde ao oitavo capítulo e assinala que o empregador possui o direito/dever de exigir do empregado comprovante de vacinação contra Covid-19? Em sendo possível, a exigência de passaporte vacinal é analisada em que medida ela poderia configurar a mitigação à eficácia horizontal de direitos fundamentais, tais como: liberdade de consciência e de manifestação de opiniões, saúde coletiva e individual, tratamento isonômico etc. Constatada a recusa ou que, de fato, o empregado não tomou a vacina, pode o empregador demitir o empregado por justa causa ou sequer contratá-lo? Este artigo busca verificar a possibilidade de conformação de relações jurídicas privadas em nome da efetivação de direitos fundamentais. A hipótese que se busca ver confirmada é que o Min. Barroso, ao buscar resolver colisões de princípios na medida cautelar vindicada nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 898/DF, faz uso de argumentos estratégicos e seletivos, construindo fundamentações que contrariam precedentes da Corte e sem fazer uso adequado de técnicas de ponderação de princípios.

O capítulo nove intitulado **QUAL A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO: AOS IMIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL?** sob autoria de Cristiane Feldmann Dutra e José Alberto Antunes de Miranda aponta que a eficácia vertical dos direitos fundamentais corresponde a aplicação de tais direitos na relação entre o particular e o Estado. Da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui a todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os “ditos” incluídos. A condição de trabalho é um direito fundamental social, é sinônimo de autonomia, em busca da sua dignidade. Os Haitianos a partir de 2012 até o ano de 2018, foram os imigrantes que mais solicitaram refúgio no Brasil. Assim os imigrantes Haitianos Vulneráveis enfrentam muitas situações de dificuldade para estar na sociedade. O objetivo do presente estudo consistiu em analisar de que modo o Estado brasileiro, por meio de seus órgãos institucionais de política externa e interna, orienta-se no sentido de promover o acolhimento e a proteção de uma categoria específica de refugiados, in casu, aqueles oriundos do Haiti detentores de visto humanitário pelo governo brasileiro. Os objetivos específicos estão em demonstrar as dificuldades vivenciadas por imigrantes Haitianos ao chegar no território Brasileiro. Analisar os obstáculos tais como a dificuldade de falar o português, eles são diglóticos, a língua oficial no Haiti é o Crioulo Haitiano, o que dificulta

a sua autonomia a sua empregabilidade. O sentimento de fracasso no processo de migração, a luta pela sobrevivência e medo do perigo físico ou prisão e deportação do lugar de origem, estão a prejudicar o indivíduo a um tal grau que pode causar doenças que afetam a saúde causando a vulnerabilidade do indivíduo.

O capítulo dez intitulado RACISMO ESTRUTURAL NO MERCADO DE TRABALHO: REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL PARA UMA SOCIEDADE MAIS IGUALITÁRIA de Ênio Borges Araújo Campos, Rachel Spinola e Castro Canto e Ricardo José Macedo De Britto Pereira analisa o processo estrutural no combate ao racismo nas relações laborais, pretendendo investigar em que medida o processo estrutural pode ser mais eficaz no combate ao racismo estrutural no mercado de trabalho que o processo tradicional. Práticas racistas e excludentes contra a população negra costumam refletir estruturas desiguais que marcam a sociedade brasileira e as relações laborais. Salvo quando os atos racistas emanam de condutas verdadeiramente pontuais, ferramentas processuais tradicionais não logram extirpar a causa dessas violações. Já as medidas processuais estruturantes constituem ferramentas com potencial para remover não apenas os ilícitos, mas a estrutura que lhes dá suporte. A superação do racismo exige profunda reformulação cultural da sociedade e ajustes puramente jurídicos não são suficientes. Contudo, o Direito posto possibilita o manejo de técnicas processuais estruturantes que podem auxiliar, em alguma medida, na busca por uma sociedade igualitária. A pesquisa é eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético dedutivo.

Na sequência Daniela Arruda De Sousa Mohana, Anderson Flávio Lindoso Santana e Danilo Mohana Pinheiro Carvalho Lima assinalam que O compromisso transgeracional do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito engloba o estabelecimento do meio ambiente saudável, incluindo-se o ambiente de trabalho. Nesta perspectiva, diante da premente necessidade de se extirpar uma forma de exploração humana tão antiga, mesmo em meio a realidade da Indústria 4.0, inteligência artificial, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de garantir a delimitação necessária pra reprimenda efetiva do crime de trabalho escravo afetou o Tema 1158, a saber, Constitucionalidade da diferenciação das condições de trabalho necessárias à tipificação do trabalho como degradante em razão da realidade local em que realizado e o standard probatório para condenação pelo crime de redução a condição análoga à de escravo. O objetivo deste artigo de posse dos conceitos do standard probatório, e dos elementos constitutivos do crime de trabalho escravo é evidenciar a importância do Princípio da vedação ao retrocesso social, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 1323708 RG/PA, sob o tema 1158, pois validar tratamento desigual aos trabalhadores rurais e urbanos, sob o argumento dos primeiros já integrarem uma realidade rústica é não observar o comando constitucional

contido no artigo 7º quanto à igualdade material, além de retroceder quanto aos direitos sociais. O texto é intitulado STANDARD PROBATÓRIO DO CRIME DE TRABALHO ESCRAVO: UMA ANÁLISE DO TEMA 1158 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O último capítulo intitula-se TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: HARMONIZAÇÃO DAS COTAS DA DEFICIÊNCIA E DA APRENDIZAGEM A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA com os autores Márcia Assumpção Lima Momm, Eduardo Milleo Baracat e Mauricio José Godinho Delgado e tem como objetivo abordar as alternativas para superar dogmaticamente o argumento de que não existem no mercado de trabalho brasileiro pessoas com deficiência qualificadas para ocuparem as vagas legalmente destinadas a elas. Para atingir esse propósito, adotou-se uma abordagem baseada nos métodos de interpretação lógico-sistemática e teleológica, considerando o sentido dos arts. 93 da Lei nº 8.213/1991 e 429 da CLT à luz da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Conclui-se que as empresas com mais de cem empregados têm o dever de qualificar pessoas com deficiência por meio de contratos de aprendizagem, visando concretizar a igualdade de oportunidades com as demais pessoas. A metodologia empregada envolve uma revisão bibliográfica que explora a conciliação entre as cotas de deficiência e de aprendizagem, utilizando os métodos de interpretação lógico-sistemática e teleológica, com a finalidade da efetivação dos direitos humanos fundamentais previstos na Convenção. Através de um raciocínio dedutivo, foram analisadas alternativas para superar as barreiras à inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Os resultados deste estudo sustentam a tese de que uma empresa que não cumprir a cota estabelecida no art. 93 da Lei nº 8.213/1991 também não satisfará a cota estipulada pelo art. 429 da CLT, que exige a contratação de aprendizes com deficiência. Espera-se que esta pesquisa forneça fundamentos teóricos à jurisprudência, contribuindo assim para o efetivo cumprimento das cotas estabelecidas na Lei nº 8.213/1991, promovendo a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro.

Excelente leitura!

Thais Janaina Wenczenovicz/UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL
/UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA

Valéria Silva Galdino Cardin/Universidade Estadual de Maringá e Centro Universitário
Cesumar

Alexander Perazo Nunes de Carvalho/Unichristus

Organizadores

CONTROLE DE JORNADA NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA
WORKING HOURS CONTROL IN BRAZIL AND IN THE EUROPEAN UNION

Cynthia Lessa Costa

Resumo

A partir de 2017 a legislação trabalhista brasileira foi alterada substancialmente pela chamada “Reforma Trabalhista” sob o pretexto de que a legislação brasileira precisava modernizar-se para acompanhar as novas exigências do mundo do trabalho e gerar mais empregos. Uma das matérias em que supostamente a legislação brasileira precisava modernizar-se referia-se à jornada de trabalho e, quando se diz, “modernizar-se”, leia-se flexibilizar a lei pela via legislativa, ou de modo menos eufemístico, precarizar, utilizar a lei para retirar direitos fundamentais. Com o intuito de melhor compreender a temática e a posição do Brasil na busca pela modernização da legislação trabalhista, vai-se até o direito internacional e o direito comparado coletar perspectivas sobre o tema e chega-se a fundamentos que sustentam posicionamento contrário ao proposto pela Reforma Trabalhista e, ao que tudo indica, referendado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, foram trazidas as Diretiva 2003/88/CE e diretiva 89/391/CEE, ambas da (atual) União Europeia e ao Caso C-55/18 ECJ —Deutsche Bank S.A.E., do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Jornada, Controle, Brasil, União europeia, Saúde

Abstract/Resumen/Résumé

From 2017 the Brazilian labour legislation was substantially changed by what became known as "Labor Law Reform" under the pretext that the Brazilian legislation needed to modernize to keep up with the new demands of the world of work and generate more jobs. One of the matters in which the Brazilian legislation supposedly needed to modernize referred to the working hours and, when it is said, "modernize", it meant make the law more flexible through the legislative route, or, in a less euphemistic way, to lower the standards of labour rights, to use the law to remove fundamental rights. In order to better understand the theme and the position of Brazil in the search for the modernization of labour legislation, international law and comparative law perspectives on the subject were brought and the result was coming across arguments to support a position contrary to that proposed by the Labor Reform and, it seems, endorsed by the Federal Supreme Court. For that purpose, Directive 2003/88/EC and Directive 89/391/EEC, both of the (current) European Union and Case C-55/18 ECJ – Deutsche Bank S.A.E., of the Court of Justice of the European Union were invoked.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Working hours, Control, Brazil, European union, Health

1 INTRODUÇÃO

Em 2017 a legislação trabalhista brasileira foi alterada substancialmente pela Lei n. 13467 sob o pretexto de que a legislação brasileira precisava modernizar-se para acompanhar as novas exigências do mundo do trabalho e gerar mais empregos.

Uma das matérias em que supostamente a legislação brasileira precisava modernizar-se se refere à jornada de trabalho e, quando se diz, “modernizar-se”, leia-se flexibilizar a lei pela via legislativa, ou de modo menos eufemístico, precarizar, utilizar a lei para retirar direitos fundamentais.

Por razões que se conectam com o próprio surgimento do ramo especializado juslaboral, a jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho considerava matéria imperativa, de ordem pública, ou seja, entendia que as disposições legislativas relativas à jornada eram imunes a flexibilizações que importassem em perda de direitos.

Em sentido diametralmente oposto, a Reforma Trabalhista veio afirmar categoricamente que a matéria de jornada não deve ser considerada matéria de ordem pública, posicionamento que parece ser compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, com o intuito de tentar avaliar esses posicionamentos contraditórios, buscou-se no direito comparado legislações e julgados recentes sobre o tema e chegou-se às Diretivas 2003/88/CE e 89/391/CEE, ambas da (atual) União Europeia e ao Caso C-55/18 ECJ —Deutsche Bank S.A.E., do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Essas diretivas e a referida decisão do TJUE, prolatada em 2019, servirão de base para análise do suposto caráter modernizante da Reforma Trabalhista no que se refere à natureza das normas sobre jornada, em especial, sobre o controle e registro da jornada de trabalho pelo empregador.

2 O *LOCUS* DA JORNADA NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Duração do trabalho é o gênero que abrange todas as noções relativas ao tempo da prestação de trabalho em um contrato de emprego, dentre os quais, encontra-se o epíteto “jornada” que, embora diga respeito à duração do trabalho no parâmetro diário, é comumente utilizada para designar qualquer duração do trabalho.

A jornada é a cláusula do contrato de trabalho pertinente à principal obrigação do empregado e, ao lado da idade mínima para o trabalho, foi um dos primeiros objetos de atenção jurídica quando do surgimento dessa nova modalidade de contrato, ainda durante

a revolução industrial. É dizer: a jornada de trabalho foi um dos primeiros objetos de legislação e nos Estados e na própria Organização Internacional do Trabalho, que já em 1919, publicava sua primeira Convenção limitando a jornada na indústria a 48 horas por semana e 8 por dia e já em 1935, limitava a jornada semanal a 40 horas - Convenção n. 47 (portanto, 4 horas a menos do que está em vigor no Brasil até os dias atuais).

Esse protagonismo, por assim dizer, do tema da jornada desde o surgimento do Direito do trabalho deve-se ao fato de que as horas de trabalho e os períodos de descanso são responsáveis pelo aumento ou redução de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, ou seja, ao contrário do que se pode pensar à primeira vista, a jornada é uma cláusula do contrato que, embora em primeira análise possa parecer relevante apenas do ponto de vista de sua correlata contraprestação – o salário, ou seja, uma matéria relacionada ao proveito econômico pelo empregado e extração de mais valia pelo empregador, é, na realidade, matéria de saúde e segurança no trabalho.

A conclusão de que o tema da jornada se relaciona diretamente com a matéria de saúde e segurança do trabalhador é confirmada pelo fato de que na Convenção n. 155, que versa sobre saúde e segurança, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) traz o tema da jornada afirmando expressamente sua relação com a preservação da saúde do trabalhador:

Artigo 4.o

1. Cada membro formulará, aplicará e procederá, à luz das condições e práticas nacionais e em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, uma política nacional coerente em matéria de segurança no trabalho, saúde no trabalho e ambiente de trabalho.

2. A política tem por objectivo prevenir acidentes e lesões para a saúde decorrentes, ligados ou ocorridos durante o trabalho, minimizando, na medida do razoavelmente possível, as causas dos riscos inerentes ao ambiente de trabalho.

Artigo 5.o

A política referida no artigo 4.o da presente convenção terá em conta os seguintes domínios principais de acção, na medida em que afectem a segurança e a saúde no trabalho e o ambiente de trabalho:

[...]

b) As relações entre os elementos materiais do trabalho e as pessoas que executam ou supervisionam o trabalho, bem como a adaptação das máquinas, equipamentos, **tempo de trabalho**, organização do trabalho e processos de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores; [...] ¹ (OIT, 1981. Grifos acrescentados)

¹ Tradução livre de:
Artigo 4.o

1. Cada membro formulará, aplicará e procederá, à luz das condições e práticas nacionais e em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, uma política nacional coerente em matéria de segurança no trabalho, saúde no trabalho e ambiente de trabalho.

É relevante asseverar ainda que o tempo que se passa à disposição do empregador importa em redução do tempo disponível para atividades sociais, políticas, religiosas e familiares, ou seja, para o gozo da vida em sua integralidade.

Quanto mais tempo o sujeito despense no trabalho, menos tempo ele terá para cultivar seus laços familiares e para se dedicar a vida cidadã. Uma sociedade que trabalha demais acaba sendo menos politizada e menos dedicada ao cuidado da família. Por outro lado, quanto mais tempo longe do trabalho e próximo de familiares, amigos ou realizando atividades de lazer, menores as chances de desenvolvimento de doenças mentais como depressão e síndrome do *Burnout*, cujos custos de ordem econômica são grandes, mas imensuráveis para a pessoa e para a própria sociedade.

As políticas de redução da jornada atendem, ainda, ao intuito de democratização das revoluções tecnológicas², ora, sendo possível produzir mais em menos tempo, se o aumento do lucro do empregador não traduzir nenhuma vantagem para o empregado, todos os avanços tecnológicos, para os quais todos contribuem – tanto empregados, quanto empregadores, e mesmo o Estado – gerarão melhorias apenas para os empregadores, manifestando uma distribuição antidemocrática e injusta da construção coletiva.

Com tudo isso em mente, muitos países da Europa, Chile e, até no Brasil, em algumas empresas³ já experimentam a semana de trabalho de apenas 4 dias, tendo, com isso, verificado inclusive vantagens econômicas decorrentes do aumento da produtividade dos trabalhadores, uma vez que, com mais tempo de descanso, executam suas tarefas com maior perícia.

2. A política tem por objectivo prevenir acidentes e lesões para a saúde decorrentes, ligados ou ocorridos durante o trabalho, minimizando, na medida do razoavelmente possível, as causas dos riscos inerentes ao ambiente de trabalho.

Artigo 5.o

A política referida no artigo 4.o da presente convenção terá em conta os seguintes domínios principais de acção, na medida em que afectem a segurança e a saúde no trabalho e o ambiente de trabalho:
[...]

b) As relações entre os elementos materiais do trabalho e as pessoas que executam ou supervisionam o trabalho, bem como a adaptação das máquinas, equipamentos, tempo de trabalho, organização do trabalho e processos de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores;

² Em seu “Curso de Direito do Trabalho”, Mauricio Godinho Delgado defende, inclusive, que a redução legal dos parâmetros máximos de jornada ainda tem o efeito de incentivar o desenvolvimento de tecnologias que permitam o aumento da produção com menor dispêndio de tempo. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho 19ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

³Projeto *4dayweek*.

Outra vantagem da redução da jornada para a categoria econômica é que, quanto mais tempo o trabalhador tiver livre para gozar de relações sociais e familiares, mais ele consumirá.

Por fim, sob a perspectiva de políticas públicas, é necessário destacar que o tema da jornada também impacta nos níveis de emprego, uma vez que a redução da jornada aumenta os números dos postos de trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro, o tema da jornada é objeto de vários incisos do artigo 7º da CR/88, bem como de mais de 20 artigos da CLT.

3 O TEMA DA JORNADA NA JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRAS E DA UNIÃO EUROPEIA

A legislação e a jurisprudência brasileiras divergem diametralmente quanto à natureza das normas sobre jornada, de um lado, reconhece-se seu caráter de ordem pública como o Direito do Trabalho historicamente faz, de outro, assevera-se sua disponibilidade, inclusive por negociação individual.

Com a Reforma Trabalhista, a disponibilidade das normas em matéria de jornada tornou-se a regra e, em alguns temas, como o do controle de jornada, essa disponibilidade pode levar a consequências catastróficas para a saúde e integridade física e psíquica dos trabalhadores.

Considerando que foi na Europa que o direito capitalista do trabalho surgiu, e que, na atualidade, é naquele continente que se encontram os mais elevados níveis de saúde dos trabalhadores (vide relatórios da OIT), entende-se pertinente comparar o tratamento dado à matéria de controle de jornada pela União Europeia, com o que tem sido feito no Brasil.

3.1. Controle da jornada

O controle da jornada é essencial ao trabalhador, pois é por meio dele que se pode aferir se foram realizadas horas extras e horas noturnas – quando devem ser pagos adicionais salariais específicos, bem como eventuais alterações contratuais lesivas ao trabalhador, pois a jornada é a cláusula relativa à principal obrigação contratual do empregado, sem controle de jornada, não é possível identificar se o empregador majorou

ou reduziu, na prática (princípio do contrato realidade), a jornada do trabalhador ou alterou seu horário de trabalho.

Não obstante seja obrigação contratual do empregado, é do empregador o dever de realizar o controle de jornada (poder fiscalizatório).

3.1.1 Controle de jornada na legislação brasileira antes e após a Reforma Trabalhista

Até 2015, quando a Lei Complementar n. 150 afirmou os direitos dos trabalhadores domésticos com, pelo menos, mais de 20 anos de atraso, dizia-se que no Brasil havia três regimes de jornadas: controladas, não controladas e não tipificadas, ou seja, havia trabalhadores cujas jornadas eram registradas, trabalhadores cujas jornadas não eram registradas e, por mais absurdo que possa parecer, jornadas tidas como não tipificadas, ou seja, como descobertas de qualquer regime legal. Esse último era o caso do trabalho doméstico.

Hoje, vige, portanto, apenas dois regimes, o da jornada controlada e o da jornada não controlada.

Em tese, a regra é o regime de controle de jornada, pelo menos até a Reforma Trabalhista. Até a Reforma, havia duas exceções a esta regra, mas aquela trouxe uma terceira.

Não são submetidos a controle de jornada os empregados que exercem as atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho, como é o caso dos vendedores externos; trabalhadores que exercem função de gerência, assim entendidas as funções com efetivo poder de mando e majoração salarial de, pelo menos, 40%; e os trabalhadores por peça ou tarefa em regime de teletrabalho.

Essa última hipótese foi trazida pela Reforma Trabalhista e é criticada por traduzir-se em medida discriminatória injustificada uma vez que nem acarreta vantagem pecuniária ao trabalhador, como é o caso dos exercentes de função de gerência, nem é incompatível com o controle de jornada, como é o caso de alguns tipos de trabalhadores externos - ao contrário, em alguns casos, o teletrabalhador sofre ainda mais controle que o que aquele que trabalha nas dependências da empresa, principalmente após a pandemia de COVID-19, quando os empregadores concentraram seus esforços em desenvolver meios de “aprimoramento” da fiscalização de seus empregados com consequências negativas para a saúde dos trabalhadores (ALOISI; DE STEFANO, 2022).

Acertadamente, em razão do princípio do *in dubio pro operário* e do artigo 6º da CLT⁴ (norma mais favorável), parte da jurisprudência tem se inclinado a interpretar a norma no sentido de que o registro da jornada no teletrabalho só não será exigido quando esse for incompatível com a atividade⁵.

O registro da jornada – meio de controle desta – fica em poder do empregador, daí porque o ônus da prova da extensão da jornada deve ser atribuída a ele.

Até a Reforma Trabalhista esse ônus recaía em empregadores com mais de 10 empregados e após, este número foi elevado a 20 (art. 74§2º CLT). Mas esta talvez tenha sido a mais branda redução dos direitos dos trabalhadores no que se refere ao controle de jornada.

Acima foi disto que *em tese* a regra é o regime de controle de jornada, porque além de trazer um terceiro grupo de trabalhadores para o regime de jornada não controlada, a Reforma trouxe ainda uma possibilidade de ausência de registro de pontos para trabalhadores com jornada controlada, trata-se do regime de registro por exceção (art. 74§4º CLT).

Além de transferir para os empregados o ônus de prova da sua jornada quando em estabelecimentos de até 19 empregados a lei autorizou o registro por exceção, ou seja, que o registro do ponto de trabalhadores com jornadas controladas seja feito apenas quando a jornada do dia divergir da jornada contratual ou usual do empregado.

E mais, o estabelecimento do regime de exceção como regra pode ser feito por meio de ACT, CCT, ou simples acordo escrito entre as partes.

De forma mais clara, por simples acordo individual, meio que, sabe-se, é permeado de coação, pode-se estabelecer uma situação em que não se faça efetivo registro de jornada, impedindo, por consequência, aferição de eventual sobrejornada ou jornada noturna.

Insiste-se: a importância do controle de jornada está no fato de que, sem ela, o trabalhador poderá trabalhar além dos limites constitucionais sem sequer ser remunerado pela sobrejornada, como também, poderá laborar em período noturno sem o pagamento de adicional, uma vez que, nos termos do artigo 62 da CLT, os trabalhadores sem jornada

⁴ 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

⁵ 17º Enunciado da primeira jornada de Direito material e processual do trabalho https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf

controlada estão excluídos da incidência de todo o capítulo da “Duração do Trabalho”, que corresponde aos artigos 57 a 75.

3.1.2 Controle de jornada na jurisprudência brasileira

Seguindo o raciocínio de que jornada é matéria de saúde e segurança do trabalho, o TST vem resistindo à precarização trazida pela Reforma. Em matéria de controle de jornada, vem afirmando que não pode ser objeto de negociação coletiva, que sua natureza é de norma de saúde e segurança, portanto.

Nesse sentido, a despeito das imposições trazidas pela Reforma, o Tribunal (pelo menos ainda) não cancelou a súmula 338 que, a um só tempo, reforça o princípio do contrato-realidade, o ônus do empregador em provar matéria de jornada e cassa o registro *o novo* por exceção ao declarar inválidos os chamados pontos britânicos, que nada mais são que marcações uniformes, as quais resultarão das marcações por exceção.

SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-I - inserida em 20.06.2001) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-I- DJ 11.08.2003)

Embora ainda não tenha se manifestado especificamente sobre as inovações trazidas pela Reforma Trabalhista, na decisão prolatada na ADPF 381 DF, que versa sobre a nulidade de instrumento de negociação coletiva que retirou a aplicação do regime de controle de jornada de motoristas, o Supremo Tribunal Federal já deixou claro que a matéria não configura direito indisponível.

3.1.3 Jornada na legislação e jurisprudência da União Europeia

A União Europeia trata da matéria de jornada em algumas de suas diretivas, duas das quais, no âmbito de medidas de saúde e segurança do trabalho, uma diretiva de 1989

(89/391/CEE) e uma de 2003 (2003/88/CE), o que já indica não apenas a relevância da matéria – ao invocar atuação estatal coordenada – mas também a posição daquele sistema jurídico quanto ao *locus* ou natureza do direito protegido pelas regras sobre jornada: a saúde e segurança do trabalhador.

Já nos considerandos da Diretiva de 1989, é possível observar que o intuito do legislador europeu foi diverso do legislador brasileiro, porquanto, enquanto aqui, buscou-se tornar a legislação mais atrativa para o capital, por lá, buscou-se tornar a legislação mais efetiva no amparo ao trabalhador:

Considerando que o artigo 118.oA do Tratado CEE prevê a adopção pelo Conselho, por meio de directiva, de preceitos mínimos destinados a promover a melhoria, nomeadamente, das condições de trabalho, **a fim de assegurar um melhor nível de protecção de segurança e da saúde dos trabalhadores;** (grifos acrescentados)

E a proposta se repete na Diretiva de 2003:

A melhoria da segurança, da higiene e de saúde dos trabalhadores no trabalho constitui um objectivo que não se pode subordinar a considerações de ordem puramente económica.

Todos os trabalhadores devem beneficiar de períodos de descanso suficientes. O conceito de «descanso» deve ser expresso em unidades de tempo, ou seja, em dias, horas e/ou suas frações. Os trabalhadores da Comunidade devem beneficiar de períodos mínimos de descanso — diários, semanais e anuais — e de períodos de pausa adequados. Assim sendo, é conveniente prever igualmente um limite máximo para o horário de trabalho semanal.

De forma coerente com os objetivos que propõem, ambas as diretivas aplicam o princípio da progressividade dos direitos humanos e afirmam que suas disposições só podem ser invocadas para acrescer direitos, nunca para reduzi-los. Como consequência, afastam a aplicação de normas que reduzam os direitos dos trabalhadores a parâmetros inferiores ao imposto por elas, mais uma vez em sentido diametralmente oposto ao estabelecido pela Reforma Trabalhista Brasileira e, como se verá adiante, ao acolhido pelo Supremo Tribunal Federal:

Artigo 1º
Objecto

3. A presente directiva não prejudica as disposições nacionais e comunitárias, existentes ou futuras, mais favoráveis à protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho. (89/391/CEE)

Artigo 1.o Objectivo e âmbito de aplicação 1. A presente directiva estabelece prescrições mínimas de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho. (2003/88/CE)

Pois bem, em 2018, ao receber caso que tratava de controle de jornada, a Audiência Nacional da Espanha o enviou ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que este construísse uma interpretação conforme à legislação supranacional (artigo 267.o TFUE e diretivas acima mencionadas) e definisse direitos e obrigações dela decorrentes. Trata-se do caso C55-18, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank SAE, decidido em 2019.

O caso apresentou a seguinte indagação: a ausência de controle de jornada pelo banco viola os direitos garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (dos artigos 3, 5.o, 6º, 16), 22 da Diretiva 2003/88/CE, bem como do artigo 4º, n.1, do artigo 11, n. 3, e do artigo 16 n.3, da Diretiva 89/391/CEE (normas sobre condições de trabalho, saúde e segurança do trabalhador)?

Ao analisar o caso, o tribunal teve de enfrentar questões preliminares como a possibilidade ou não de um estado membro legislar no sentido da desnecessidade de controle de jornada e concluiu que não, que essa matéria estaria fora do escopo de competência legislativa do Estado por violar preceito estabelecido por um dos tratados fundamentais da União Europeia, a Carta de Direitos Fundamentais da EU.

A partir de então, passou a sedimentar interpretação quanto aos direitos dos trabalhadores em matéria de jornada:

A título preliminar, há que recordar que o direito de cada trabalhador à limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal constitui não só uma regra do direito social da União que reveste especial importância como está expressamente consagrado no artigo 31.o, n.o 2, da Carta, à qual o artigo 6.o, n.o 1, TUE reconhece o mesmo valor jurídico que os Tratados (v., neste sentido, Acórdãos de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer e o., C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.o 100, e de 6 de novembro de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, n.o 20).

[...]

Nomeadamente, com a preocupação de garantir o respeito do referido direito fundamental, as disposições da Diretiva 2003/88 **não podem ser objeto de interpretação restritiva em detrimento dos direitos que esta confere ao trabalhador** (v., por analogia, Acórdão de 6 de novembro de 2018, Bauer e Willmeroth, C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, n.o 38 e jurisprudência referida).

Nestas circunstâncias, para responder às questões submetidas, há que interpretar esta última diretiva tendo **em conta a importância do direito**

fundamental de cada trabalhador à limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal. (grifos acrescidos)

E sobre a necessidade de registro da jornada, assim de manifestou o Tribunal:

A este respeito, **a implementação de um sistema objetivo, fiável e acessível que permita medir a duração do tempo de trabalho diário prestado por cada trabalhador está abrangida pela obrigação geral de os Estados-Membros e as entidades patronais**, prevista no artigo 4.o, n.o 1, e no artigo 6.o, n.o 1, da Diretiva 89/391, criarem uma organização e **os meios necessários para proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores**. Além disso, esse sistema é necessário para permitir aos representantes dos trabalhadores, que têm uma função específica em matéria de proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores, exercerem o seu direito, previsto no artigo 11.o, n.o 3, desta diretiva, de pedir à entidade patronal para tomar medidas adequadas e de lhe apresentar propostas.

Conclui-se, assim que, tanto a legislação, quanto a jurisprudência da União Europeia atribuem às normas sobre jornada carácter de norma de ordem pública garantidora dos direitos à saúde e à segurança do trabalhador.

Ao afirmar que a implementação de meio de registro de jornada é obrigação inafastável dos Estados e dos Empregadores, definiu-se não ser possível flexibilizar as obrigações daí decorrentes, seja via legislação estatal, seja por ato das próprias partes, sob pena de o Estado incorrer em violação do Direito supranacional, ou seja, interpretou o direito dos trabalhadores, como absolutamente indisponível. Passa-se agora à verificação se o mesmo ocorre no Brasil.

3.2 Flexibilização da legislação em matéria de jornada pela negociação coletiva

Tendo-se explorado o tema do controle de jornada sob a perspectiva legal e jurisprudencial, cumpre agora verificar qual a força da norma sobre a negociação, em outros termos, o tema da prevalência do negociado sobre o legislado.

Márcio Túlio Viana (1995) ensina que nem toda flexibilização é precarizante e nem toda desregulamentação significa liberdade.

O Direito do Trabalho é um ramo intrinsecamente flexível, tanto porque tem por objeto algo que sofre mutações profundas quase diariamente, quanto porque, traz dentro de si, uma série de possibilidade de elastecimento, seja reconhecendo a normatização coletiva como fonte formal, seja trazendo nos próprios textos de estatura constitucional

permissivos flexibilizadores, a exemplo da possibilidade de redução salarial por meio de convenção coletiva.

Mas há sim flexibilizações precarizantes e desregulamentações opressoras. As primeiras se apresentam como permissivos para se negociar o que era tido por indisponível, por vezes até com caráter de pura renúncia, em lugar da transação. As segundas se perfazem por alterações na própria lei de modo a baixar, por vezes indireta, por vezes diretamente, o patamar de condições de trabalho, ou seja, a pretexto de se reduzir a intervenção do Estado no domínio contratual, intervém-se por meio de lei precarizante.

Nessas situações, cabe aos tribunais fazer o exame das novas regras em confronto com os direitos reconhecidos como fundamentais, seja pela Constituição do país, seja pelos tratados internacionais de direitos humanos.

3.2.3 Legislação brasileira

A Reforma Trabalhista realizou o feito de contemplar as duas formas de redução dos direitos dos trabalhadores no Brasil. Especificamente no tema da jornada, tem-se, pelo menos, três artigos condutores de precarização, um dos quais, *retira* (ou tenta retirar) expressamente a natureza de norma de saúde e segurança da matéria de jornada. Observe-se:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho **têm prevalência sobre a lei** quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - Pacto quanto à **jornada de trabalho**, observados os limites constitucionais; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - **banco de horas** anual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - **intervalo intrajornada**, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

VIII - teletrabalho, **regime de sobreaviso**, e trabalho intermitente; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...]

X - modalidade de **registro de jornada de trabalho**; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XI - troca do dia de feriado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...]

XIII - **prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho**; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Grifos acrescidos)

A audácia do legislador ordinário foi tamanha a ponto de dizer que a negociação coletiva será hierarquicamente superior à lei em qualquer matéria relacionada a jornada,

incluindo os intervalos para recuperação física e psíquica dos empregados, os intervalos intrajornadas e a prorrogação da jornada em ambiente insalubre.

Veja-se, não apenas trata a matéria de jornada como se fosse direito sobre o qual não recai qualquer interesse do Estado, mas subverte o sistema juslaboral de hierarquia de normas desenvolvido justamente em razão das especificidades da relação à qual seria aplicado, criando um sistema que nem os positivistas mais despreocupados com a relação entre direito, ética e moral, admitiriam, pois coloca uma negociação sindical no topo da pirâmide normativa do sistema jurídico brasileiro em matéria trabalhista.

E para que não houvesse dúvidas de que ativamente ignora todas as pesquisas que amparam o posicionamento da OIT e do TST, além de autorizar a majoração de jornada em local insalubre independentemente de manifestação do órgão de fiscalização competente, o legislador impôs a concepção de jornada nada tem a ver com a saúde e a segurança do trabalhador:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. **Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.** (grifos acrescidos)

Não surpreende que sob a hegemonia do pensamento neoliberal, os legisladores saqueiem os direitos dos trabalhadores em favor do capital que, direta ou indiretamente, os elege. Nessas circunstâncias, confia-se ao Poder Judiciário a tarefa de assegurar a adequada interpretação e aplicação do texto constitucional e dos direitos humanos.

3.2.2 Posição do Tribunal Superior do Trabalho

Conforme já vem se adiantando, o Tribunal Superior do Trabalho afirma reiteradas vezes em sua jurisprudência que as normas que versem sobre jornada, são normas de saúde e segurança e, por consequência, atribuíam-las natureza imperativa, inalcançável pela negociação coletiva.

Esse entendimento fica muito claro na súmula 437:

SUM-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-I) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - Após a edição da Lei n° 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II - **É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.** III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei n° 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruídos como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT. (Grifos acrescidos)

Observe-se que a súmula recebeu nota sobre decisão do STF em sentido contrário, mas não foi, até o momento, cancelada, o que reflete a real interpretação do Tribunal especializado sobre o assunto.

3.2.3 Posição do Supremo Tribunal Federal

Em consonância com o aparente preponderante entendimento de que os direitos trabalhistas não são dignos de aplicação da hermenêutica dos direitos humanos⁶, o Supremo Tribunal Federal autorizou a negociação de direitos relacionados à jornada em várias oportunidades. Na ARE 1121633, quando, em uma ação que tratava da composição da jornada, autorizou sua negociação ao mesmo tempo que definiu a tese de que apenas direitos absolutamente indisponíveis não poderiam ser negociados, atribuindo, assim, ao tema da composição da jornada, a natureza de direito disponível, ou quando na ADI 5994, fixou entendimento de que a flexibilização do teto diário de 10 horas por meio da jornada em turnos de 12x36, reconhecida pela própria Constituição como excepcional, poderia ser feita, sem a exigência constitucional de negociação coletiva (art. 7º, XIII), bastando o simples acordo individual.

⁶Posicionamento tornado clarividente no julgamento da ADI 6363, e analisado no artigo “Cogestão da Pandemia” publicado na obra “Direito, Trabalho e Justiça: Novos Horizontes: Estudos em homenagem ao Professor Antônio Álvares da Silva” publicado pela editora RTM em 2021.

Considerando-se esse histórico de decisões, poucas são as chances de a Corte declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos trazidos pela Reforma.

4 NOTAS CONCLUSIVAS

Tanto a história do Direito do Trabalho, quanto o Direito Internacional do Trabalho e o contemporâneo Direito do Trabalho em sua expressão comparada, notadamente, por legislação que incide em 26 países do mundo ocidental asseveram que jornada é matéria de saúde e segurança.

Considerando-se que saúde e segurança são direitos humanos, ou seja, atraem os princípios da progressividade e não retrocesso.

Considerando-se, por fim, que o artigo 8º da CLT reconhece os Princípios de Direito Internacional e o Direito Comparado como fontes integrativas do Direito do Trabalho, deve-se indagar se o legislador ordinário brasileiro tem legitimidade para definir que as normas sobre jornadas não tem são, por sua própria natureza, normas de saúde e segurança no trabalho.

Por traduzirem normas de saúde e segurança no trabalho, os direitos relacionados à jornada devem ser considerados normas de ordem pública, ou seja, salvaguardados pelo manto do princípio da imperatividade, portanto, inafastáveis por negociação coletiva ou mesmo por legislações supervenientes que piorem as condições de trabalho, legislações essas, como a lei da Reforma Trabalhista, que devem ser consideradas inconstitucionais por violarem o preceito do artigo 7º, XXII da Constituição, segundo o qual os trabalhadores em solo brasileiro têm o fundamental direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

As alterações trazidas pela Reforma Trabalhista e que, pelo que se pode inferir do histórico de decisões do STF, serão julgadas constitucionais, estão na contramão do que tem sido feito nos países de economia e qualidade de vida mais avançadas, como os membros da União Europeia. Que modernização é essa que, em lugar de distribuir as vantagens das revoluções tecnológicas, em lugar de democratizar o acesso a um dos bens da vida mais salutar – a saúde, em lugar de melhorar os padrões de vida do ser humano, os reduz, regressa aos violentos primórdios da revolução industrial em nome de uma suposta liberdade de contratação e soberania do legislador?

REFERÊNCIAS

- ALOISI, Antonio; DE ESTEFANO, Valério. Essential jobs, remote work and digital surveillance: Addressing the COVID-19 pandemic panopticon. *Int Labour Rev.* 2022 Jun; 161(2): 289–314.
- DE LA CUERVA, Mário. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Cidade do México: Porrúa, 1978.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* 19ª ed. São Paulo: LTr, 2019.
- https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312300:NO
- <https://www.tst.jus.br/-/operadora-de-telemarketing-que-tinha-cinco-minutos-para-ir-ao-banheiro-sera-indenizada>
- <https://www.4dayweekbrazil.com/>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01989L0391-20081211>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0088>
- <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=57F5C8FA8FBEC6FBE58B22DFA277E710?text=&docid=214043&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1975987>
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires. Depalma, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SUPIOT, Alain. *Beyond Employment: changes in work and the future of Labour law in Europe*. Oxford press: Oxford, 2001.
- VIANA, M. T. Desregulamentar Regulamentando. *Revista LTR*, São Paulo, v. 59, n.7, p. 884-889, 1995. Texto disponibilizado pelo autor.