

The Briefing

N. 3
FEV - 2021



O impacto da LGPD nas relações de trabalho.

- IGPM atípico onera contratos e pode ser questionado.
- Período de Carnaval não é feriado e empregador pode exigir o trabalho.
- Empregado consegue rescisão indireta por concessão irregular de intervalo.

EDITORIAL

O ano de 2021 começou com muitas novidades importantes, para a economia e para o mercado de trabalho brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade do artigo 129 da Lei nº 11.196/2005, o qual determina que a prestação de serviços intelectuais por empresa prestadora de serviços sujeita-se apenas à legislação aplicável às pessoas jurídicas, independentemente de ter caráter pessoal.

A decisão declara válida a “pejotização” para a contratação de prestadores de serviços intelectuais, desde que não haja subordinação na relação, contrariando as decisões tomadas pela Justiça do Trabalho e pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

O STF deve ser palco, esse ano, de outros julgamentos importantes, como a integração de benefícios de normas coletivas nos contratos de trabalho (ADPF nº 323), a prevalência do acordado sobre o legislado (ARE nº 1121633), os tetos estabelecidos para as indenizações por danos morais pela Reforma Trabalhista (ADIs 5870, 6069 e 6082), e, por fim, o contrato de trabalho intermitente (ADI 5826).

Outro assunto de destaque foi a divulgação da existência de mais de cem ações trabalhistas com pedidos relacionados à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), mas com objetivos diversos, como obter informações acerca de dados pessoais, suscitar violação aos dados pessoais pela veiculação online da imagem da trabalhadora, entre outros.

Por fim, a eleição de novas lideranças no Congresso Nacional prometem fornecer oportunidade ao governo para restabelecer propostas legislativas que fracassaram recentemente, como a MP nº 905, que criava a modalidade de contrato denominado “verde e amarelo”, mas que caducou por não ter sido aprovada em tempo hábil pelas Casas Legislativas.

Boa leitura a todos!

MATÉRIA DE CAPA: O impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho.

Mais conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a Lei nº 13.709/2018 regulamenta o tratamento de dados pessoais realizado no território nacional, visando proteger os direitos fundamentais da privacidade e da informação.

Para os fins desta Lei, considera-se dado pessoal toda informação relacionada a pessoa natural, como o nome, o estado civil, a escolaridade, o endereço, o CPF, a idade etc, sendo sensíveis os dados sobre origem racial, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato, referente à saúde ou à vida sexual, dado biométrico, entre outros.

Já o tratamento é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, utilização, acesso, transmissão, armazenamento, modificação e eliminação, entre tantas outras. É tudo o que diz respeito ao dado pessoal de qualquer pessoa física.

No caso das relações de trabalho, portanto, os impactos da LGPD são enormes. Os titulares dos dados são os trabalhadores e os seus familiares (como nas hipóteses de coleta de dados para fornecimento ao plano de saúde empresarial, por exemplo), enquanto que o controlador é o empregador.

É importante esclarecer que a LGPD não proíbe o tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores e seus familiares pelos empregadores, mas o regulamenta, estabelecendo as condições e os limites de sua ocorrência.

Sendo assim, considerando o volume de dados produzidos e manuseados pelas empresas, há de se ter especial atenção às novas determinações da LGPD, pois já estão em vigor e são passíveis de suscitar discussões, como recentemente noticiado, acerca da existência de mais de 140 ações trabalhistas envolvendo o assunto.

Trata-se, assim, de uma mudança radical de cultura na vida das empresas, que inverte a lógica anteriormente prevalecente. A partir de agora, o proprietário dos dados será sempre o seu titular, e não mais quem o capta ou produz. E a propriedade não se desfaz nem se aliena, apenas se consente a utilização dos dados, de acordo com os limites estabelecidos.

Consentimento é a manifestação livre, informada e inequívoca, pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. Deve ser escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade, de forma específica e para finalidades determinadas, sendo revogável.

A finalidade determinada é a realização do tratamento para propósitos específicos e informados ao titular, sem possibilidade de utilização posterior incompatível. Além disso, a lei exige que haja adequação entre o tratamento e as finalidades informadas ao titular, limitando-se ao mínimo necessário para sua realização.

Portanto, exceto nas restritivas hipóteses de cumprimento de um dever legal pelo empregador, por solicitação do próprio trabalhador, ou para o exercício do direito de defesa em processo judicial, administrativo ou arbitral, os dados pessoais dos trabalhadores só podem ser tratados com base no consentimento do titular.

Há relevantes impactos na seleção de candidatos e na própria admissão de empregados. Recomenda-se a coleta de dados absolutamente imprescindíveis, evitando a solicitação de antecedentes criminais, situação financeira, contatos de referência e doenças prévias, exceto se for justificado pelo tipo de atividade que será exercida pelo trabalhador.

Na vigência do contrato de trabalho, o Departamento Pessoal coleta e produz, de forma permanente, informações pessoais, condições contratuais, filiação sindical, dados biométricos, exames e atestados médicos (CID), estado civil, existência de filhos, dados bancários, planos de saúde, previdência privada, entre tantos aspectos comuns ao dia a dia do setor de pessoal. Ou seja, o DP é muito atingido pela LGPD.

De fato, é preciso uma mudança de cultura, com estabelecimento de rotinas seguras, com armazenagem e tratamento apropriados dos dados e treinamento de todos os empregados. E ela se aplica de forma intensa nas rotinas dos Recursos Humanos, desde o momento de seleção de candidatos até a conservação dos dados pessoais de ex-empregados, também regulada por seus dispositivos.

Assim, quando o empregador for adotar o consentimento como base para os tratamentos de dados necessários aos procedimentos do departamento de pessoas, deve estabelecer as condições em documento apartado do contrato, com indicação específica dos dados e da finalidade do tratamento.

É preciso lembrar que a LGPD adota os princípios da prevenção, da responsabilização e da prestação de contas, atribuindo, assim, um ônus importante para as empresas, que são obrigadas a adotar medidas eficazes e capazes de prevenir a ocorrência de danos ou vazamentos nos dados de seus empregados.

NOTÍCIA: STF valida aplicação de regime de PJs para prestadores de serviços intelectuais.

O STF declarou a constitucionalidade do artigo 129 da Lei 11.196/2005, que aplica a legislação prevista às pessoas jurídicas, para fins fiscais e previdenciários, aos prestadores de serviços intelectuais.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 66, a Confederação Nacional da Comunicação Social pedia ao STF a ratificação dessa modalidade de contratação para os prestadores de serviços intelectuais, diante de decisões tomadas da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) que reconheceram a esses trabalhadores a aplicação da legislação pertinente às pessoas físicas, ou seja, contratação mediante vínculo empregatício com base nas normas trabalhistas vigentes.

Prevaleceu o voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI, para quem a Constituição Federal estabeleceu a liberdade de iniciativa e a garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica. Segundo ela, o dinamismo das transformações econômicas e sociais reafirma a necessidade de assegurar liberdade às empresas para definir suas escolhas organizacionais e seus modelos de negócio, visando à competitividade e à subsistência.

A relatora lembrou decisão nessa linha, tomada no julgamento da ADPF 324, quando o Plenário afirmou a licitude da terceirização da atividade, meio ou fim, e afastou a relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.

Todavia, segundo alertou o STF, a opção pelo regime fiscal menos oneroso permanece sujeita à avaliação de regularidade pela administração ou pelo Poder Judiciário, quando acionado. Assim, casos como os de "maquiagem" de contrato podem vir a ser questionados, principalmente se ficar provada a existência dos requisitos da relação empregatícia.

OPINIÃO: Resultado atípico do IGPM onera excessivamente contratos e reajuste pode ser questionado.

A correção monetária anual foi prevista no art. 28 da Lei 9.069/95, responsável pela consolidação do Plano Real. Dessa forma, com a publicação da referida lei, ficou autorizado que diversos tipos de contrato previssem uma correção monetária anual e, com isso, muitos se utilizam do índice IGPM.

Contudo, nos últimos 10 anos, o índice em questão vinha registrando uma variação média de 6,55%. Em 2020, contudo, o IGPM ultrapassou a faixa dos 20%, dificultando, em muitos casos, o adimplemento do contrato e podendo ocasionar, em situação extrema, a própria quebra contratual.

Ocorre que todo e qualquer contrato deve respeitar a sua “função social”, o que significa que os termos ajustados devem ser, ao máximo, respeitados, sem, no entanto, colocar em risco interesses individuais munidos de boa fé. Seguindo essa linha de raciocínio, o Código Civil estabeleceu, em seu artigo, 421, que a “liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, e que, nas “relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Ou seja, o referido artigo admite a revisão contratual, porém, apenas diante de um evento verdadeiramente excepcional. Aliado a isso, o mesmo Código Civil admite, nos seus artigos 317 e 478, a possibilidade de revisão do contrato pelo Poder Judiciário, caso surjam fatos imprevisíveis que interfiram, de maneira significativa, no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que a viabilização da revisão contratual precisa, portanto, preencher quatro requisitos: (a) superveniência de fato que alterou as condições iniciais da contratação; (b) imprevisibilidade; (c) que esse fato não seja decorrente dos riscos do contrato; e (d) capacidade de gerar desequilíbrio significativo entre as partes.

Assim, a Teoria da Imprevisão se adequa perfeitamente à alta inesperada e abrupta do índice IGPM no ano de 2020, o que, somado ao contexto de pandemia persistente, permite a revisão de contratos quanto ao índice de correção monetária dos ajustes.

De todo modo, é importante destacar que a judicialização do assunto deve ser a última alternativa a ser considerada, devendo ser privilegiada a negociação de boa fé entre as partes. Apenas se a negociação se revelar infrutífera, passa-se à alternativa de acionamento do Poder Judiciário para que se realize a revisão.

OPINIÃO: Apesar dos diversos cancelamentos, o período de Carnaval não é considerado feriado pela legislação brasileira.

Em decorrência da persistência da pandemia no país, surgem notícias de que diversos locais estão cancelando o “feriado” do Carnaval. Contudo, apesar do que muitos pensam, o período momesco não é considerado feriado pela legislação brasileira.

As Leis nº 662/49 e 9.093/95 definem que são feriados civis aqueles declarados em lei federal (dias 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro), além da data magna do Estado, porventura fixada em lei estadual.

Além deles, são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, necessariamente incluída a Sexta-Feira da Paixão. Há outros feriados, como as datas das eleições realizadas a cada dois anos, mas os feriados civis e religiosos são os mais comuns.

Normalmente, por uma questão cultural, as empresas concedem folgas aos empregados durante o período de Carnaval, compensando-se o trabalho em outros dias ou abonando as faltas.

Contudo, já que, pela lei nacional, o período de Carnaval não é considerado feriado, pode ser exigido o trabalho normal dos empregados, se assim entender necessário o empregador.

NOTÍCIA: Empregado consegue rescisão indireta do contrato por concessão irregular de intervalo.

A Oitava Turma do TST reconheceu a rescisão indireta do contrato de emprego de um vigilante, em razão do descumprimento da concessão de intervalo para descanso e alimentação. Em vez de uma hora, no mínimo, a pausa era de apenas 30 minutos, e ele tinha de fazer a refeição sem interromper as atividades.

De acordo com os ministros, ficou caracterizada a falta grave do empregador. O relator do recurso, Ministro Brito Pereira, explicou que o artigo 483, alínea “d”, da CLT, faculta ao empregado, no caso de descumprimento das obrigações contratuais pelo empregador, a rescisão indireta do contrato.

Nessa circunstância, ele tem direito a todas as parcelas rescisórias que seriam devidas caso tivesse sido demitido. “Constatado que a empresa não concedia corretamente o intervalo intrajornada, resta caracterizada a falta grave apta a ensejar a rescisão”, concluiu.

NOTÍCIA: Empresa é condenada por exigir certidão de antecedentes criminais para contratação.

A Sétima Turma do TST condenou uma empresa ao pagamento de indenização a um empregado obrigado a apresentar certidão negativa de antecedentes criminais para ser contratado. Conforme a jurisprudência do TST, a exigência, quando não for justificada pela função exercida, caracteriza danos morais.

Na ação trabalhista, o empregado sustentou que a obrigação de apresentar o documento para a sua contratação significou, além de excesso nos critérios para a seleção, ato ilícito da empresa passível de reparação. Para ele, a exigência colocou em dúvida a sua honestidade e violou o seu direito à intimidade.

No TST, o relator do recurso, Ministro Renato de Lacerda Paiva, explicou que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), responsável por uniformizar a jurisprudência entre as Turmas do TST, definiu a tese de que não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de responsabilidade necessário.

Assim, segundo a SDI-1, a obrigação de apresentar o documento é plausível, por exemplo, para contratar cuidadores de menores, idosos ou pessoas com deficiência, motoristas de carga, empregados que utilizam ferramentas de trabalho perfurocortantes e trabalhadores que lidam com substâncias tóxicas, drogas, armas ou informações sigilosas.

Conforme a tese fixada no julgamento, a exigência da certidão sem justificativa plausível implica, por si só, danos morais ao candidato ao emprego. “A exigência, assim, é ilegítima, passível de indenização”, concluiu o TST.

PRAZOS & INFORMAÇÕES ÚTEIS

1º de fevereiro:

Início do período de pagamento da primeira parcela do 13º salário (até novembro).

EQUIPE EDITORIAL

Editor Geral: Renato Melquíades

Arte: Letícia Lira