

# REVISTA ELETRÔNICA

# REFORMA TRABALHISTA II



# Expediente

## **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO**

CURITIBA - PARANÁ  
ESCOLA JUDICIAL

### **PRESIDENTE**

Desembargador ARNOR LIMA NETO

### **VICE-PRESIDENTE**

Desembargadora MARLENE TERESINHA FUVERKI  
SUGUIMATSU

### **CORREGEDOR REGIONAL**

Desembargador UBIRAJARA CARLOS MENDES

### **CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2016/2017**

Desembargador Arion Mazurkevic (Diretor)  
Desembargador Cássio Colombo Filho (Vice-Diretor)  
Juiz Titular Eduardo Milléo Baracat (Coordenador)  
Juíza Titular Morgana de Almeida Richa (Vice-Coordenadora)  
Desembargador Célio Horst Waldruff  
Desembargador Archimedes Castro Campos Junior  
Juiz Titular Leonardo Vieira Wandelli  
Juíza Titular Ana Paula Sefrin Saladini  
Juíza Substituta Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira  
Juiz Substituto Thiago Mira de Assumpção Rosado  
Juiz Paulo da Cunha Boal (Presidente da AMATRA IX)

## **GRUPO DE TRABALHO E PESQUISA**

Desembargador Luiz Eduardo Gunther - Orientador  
Adriana Cavalcante de Souza Schio  
Eloina Ferreira Baltazar  
Juliana Cristina Busnardo  
Larissa Renata Kloss  
Maria Ângela de Novaes Marques  
Maria da Glória Malta Rodrigues  
Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio

### **COLABORADORES**

Secretaria Geral da Presidência  
Coordenadoria de Biblioteca  
Assessoria da Direção Geral  
Assessoria de Comunicação Social

### **FOTOGRAFIAS E IMAGENS**

Assessoria de Comunicação  
Acervos online (Creative Commons)

### **APOIO À PESQUISA**

Daniel Rodney Weidman Junior

### **SEÇÃO DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS**

Patrícia Eliza Dvorak



Edição temática  
Periodicidade Mensal  
Ano VII – 2017 – n. 62

# Carta ao leitor

Em outubro de 2011, há exatos seis anos, dava-se à lume o primeiro número da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Com o tema “Ação Civil Pública”, denominou-se “edição experimental”.

Naquele momento não se tinha certeza sobre a viabilidade de uma revista eletrônica. O que se pretendia, inicialmente, era apenas substituir a revista em papel, que se publicava de seis em seis meses pelo Tribunal, e era muito custosa.

Na época, optou-se por uma revista que, além de eletrônica, fosse mensal e temática. A sorte estava lançada. Publicaram-se mais duas edições em 2011.

A edição nº 1 hoje alcança 65.558 visitas e continua sendo acessada. A segunda edição, sobre revista íntima, hoje tem 45.921 registros de buscas. E a terceira edição, sobre normas internacionais, hoje está com 84.957 acessos.

São 61 edições (62 com esta de agora!) ao longo de meia dúzia de anos, abordando os mais diversos temas, sempre com a preocupação de ser bem recebida pelos leitores.

Além da facilidade do acesso por toda sorte de computadores, também pode ser visitada por *smartphones*, totalizando hoje, todas as edições, mais de um milhão e meio de registros de buscas.

E as revistas anteriores continuam sendo visitadas, pois os índices acumulados (como de dezembro/2017 e janeiro/2017) também abrangem as revistas antigas do Tribunal, em papel.

Além de textos jurídicos, inéditos ou não, jurisprudência, resenhas, vídeos de eventos promovidos pelo Tribunal e pela Escola Judicial, a Revista publica sinopses de livros e filmes. Também preocupa-se em mostrar capas significativas que sejam simpáticas aos leitores.

A Revista já recebeu premiação<sup>1</sup>, mas o maior e mais importante prêmio é o reconhecimento em todo o Brasil (e quem sabe no exterior!) das suas qualidades técnicas.

Foram seis anos de muita dedicação e trabalho (cito, por ordem alfabética, os integrantes hoje do Grupo de Pesquisa que edita a Revista): Adriana Cavalcante de Souza Schio, Daniel Rodney Weidman Junior, Eloína Ferreira Baltazar, Juliana Cristina Busnardo, Larissa Renata Kloss, Maria Ângela de Novaes Marques, Maria da Glória Malta Rodrigues, Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio.

.....  
1 Prêmio Nacional Educação Corporativa no Judiciário, na categoria “Educação e Comunicação” entregue no 3º Congresso Brasileiro de Educação Corporativa do Judiciário (CONECJUS) realizado em São Paulo em 2013.

Todos juntos, e cada um, por si próprio, sempre estiveram juntos, desde o início, na criação e publicidade dessa Revista, que espelha um pouco o que se faz no TRT 9.

Nossa colega Patricia Eliza Dvorak é a responsável pela Seção de Diagramação e Publicações Digitais, a quem incumbe produzir tecnicamente a Revista. O seu trabalho, de alta qualidade técnica e estética, é de grande importância para revelar a qualidade de nossas publicações.

Na primavera de 2011 (lembrou-me a Adriana!) escreveu-se, como abertura daquela Revista:

Os desafios do século XXI para o Judiciário trabalhista passam necessariamente pela compatibilização entre o passado e futuro, compreendendo a viabilização de uma comunicação entre o conservador e o vanguardista, a transição do impresso ao eletrônico. O Direito e o Judiciário transcendem, assim, ao cenário digital, que não detêm as fronteiras geográficas e nacionais ou mesmo de limitação do acesso ao conteúdo. Basta um computador com acesso à rede mundial de computadores, que o usuário tem diante de si, democraticamente, contato com uma séria produção, reconstrução e consolidação do conhecimento jurídico e do entendimento jurisprudencial – é a proposta desta Revista Eletrônica que tenho o prazer de propor e apresentar neste ano de 2011.

O compromisso de traçar os rumos digitais de divulgação corresponde ao cumprimento de uma promessa de democracia com o internauta jurídico, mediante a conformação do Direito e do Judiciário com os costumes cibernéticos que vêm, notavelmente, se incorporando na sociedade. Atentando-se a tais fenômenos sociais, o Direito e o Judiciário se mobilizam no intento de fazer realidade digital a presente Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que busca divulgar decisões em questões emblemáticas, de forma rápida, por meio eletrônico e com inteligência ambiental.

Os Diretores da Escola Judicial que me sucederam, Desembargadora Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu (2012-2013), Célio Horst Waldraff (2014-2015), e Arion Mazurkevic (2016-2017), todos, incentivaram o Grupo para que continuasse idealizando e construindo as Revistas.

Acreditamos que a missão está sendo cumprida, e nos resta agradecer aos que têm acreditado e contribuído (de alguma forma) para que chegássemos até aqui.

Nesta edição apresenta-se, mais uma vez, a reforma trabalhista (edição número 2 sobre o tema). São nove artigos desenvolvidos sobre a temática e que podem auxiliar a compreensão dessas mudanças. A ordem de publicação por artigos e autores é a seguinte: 1) A reforma: uma promessa vã, de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca; 2) Lineamentos sobre a supremacia do negociado sobre o legislado segundo a reforma trabalhista, de Miriam Cipriani Gomes; 3) Reforma trabalhista: alterações na jurisprudência dos Tribunais do Trabalho, de Gustavo Filipe Barbosa Garcia; 4) Arbitragem nos dissídios individuais de altos empregados, de Antônio Álvares da Silva

e George Augusto Mendes e Silva; 5) O novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil, de Raphael Miziara; 6) Teletrabalho: a reforma trabalhista em contraponto com as perspectivas europeia e italiana, de Ricardo Betiatto; 7) A extinção contratual e a reforma trabalhista, de Gilberto Stürmer; 8) O dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017 - da reforma trabalhista, de Enoque Ribeiro; 9) Responsabilidade direta de sócios e administradores e a desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, de Roberto Dala Barba Filho.

Além dos artigos mencionados, publica-se, pela sua importância, a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766, proposta pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. O pedido é para declarar a inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017: a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita,” do caput e do §4º do art. 790-B da CLT; b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, do §4º do art. 791-A da CLT; c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, do §2º do art. 844 da CLT.

Os autos dessa ADI foram distribuídos ao Ministro Luís Roberto Barroso, que ainda não apreciou a liminar.

Esta Revista contém quatro sinopses de obras sobre a reforma, que podem auxiliar o leitor a melhor conhecer essas importantes modificações na legislação trabalhista.

Há um vídeo, por fim, do Programa Roda Viva, com entrevista do relator da reforma trabalhista, Rogério Marinho (PSDB-RN), que fala sobre as mudanças na CLT. Participam da bancada de entrevistadores Camila Veras de Araújo Mota (repórter do Jornal Valor Econômico), Gaudêncio Torquato (consultor político), Daniela Lima (editora da coluna Painel do Jornal Folha de São Paulo), Antonio Galvão Peres (professor e doutor em Direito do Trabalho) e Jorge Luiz Souto Maior (juiz do trabalho e professor da Faculdade de Direito da USP).

Todos os componentes do Grupo de Pesquisa esperam que os leitores apreciem mais esta edição da Revista Eletrônica. Esperamos, ainda este ano, editar mais uma Revista (a de número 3) sobre a reforma trabalhista.

Curitiba, 5 de outubro de 2017.

**Luiz Eduardo Gunther**  
**Orientador do Grupo de Pesquisa da Revista Eletrônica**  
**Desembargador do Trabalho do TRT9**

# Sumário

## ARTIGOS

A reforma: uma promessa vã - Ricardo Tadeu Marques da Fonseca.....	7
Lineamentos sobre a supremacia do negociado sobre o legislado segundo a reforma trabalhista - Miriam Cipriani Gomes .....	13
Reforma trabalhista: alterações na jurisprudência dos Tribunais do Trabalho - Gustavo Filipe Barbosa Garcia .....	24
Arbitragem nos dissídios individuais de altos empregados - Antônio Álvares da Silva e George Augusto Mendes e Silva .....	27
O novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil - Raphael Miziara.....	36
Teletrabalho: a reforma trabalhista em contraponto com as perspectivas europeia e italiana - Ricardo Betiatto.....	46
A extinção contratual e a reforma trabalhista - Gilberto Stürmer.....	57
O dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017 - da reforma trabalhista - Enoque Ribeiro .....	62
Responsabilidade direta de sócios e administradores e a desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho - Roberto Dala Barba Filho.....	70

## REGISTRO ESPECIAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766.....	76
--	----

## SINOPSES

Reforma Trabalhista com análise do Projeto de Lei 6.787/2016 - Luiz Eduardo Gunther .....	148
Reforma Trabalhista e retrocesso social: breves comentários sobre o PLC 38/2017 - Luiz Eduardo Gunther .....	150
Reforma trabalhista entenda ponto por ponto - Luiz Eduardo Gunther .....	152
Trabalhista! O que mudou? - Luiz Eduardo Gunther .....	154

## VÍDEO

Roda Viva entrevista Rogério Marinho (PSDB-RN) relator da Reforma Trabalhista.....	156
--	-----

# A REFORMA: UMA PROMESSA VÃ

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca

## 1. Introdução

Sob o pretexto de melhorar as condições de empregabilidade no Brasil, o Governo fez votar as leis 13.429 e 13.467. A primeira ampliando as hipóteses de trabalho temporário e disciplinando a terceirização, e, a segunda, empreendendo profundas alterações à Consolidação das Leis do Trabalho para, segundo seus idealizadores, estimular os empregadores, os quais têm “a caneta na mão” para o registro dos trabalhadores na carteira do trabalho[1].

Nesse estudo busca-se demonstrar que o efeito real das medidas legais adotadas será a dificuldade de acesso a direitos, bem como o desestímulo à empregabilidade.

Tratar-se-á do elasticimento da jornada de trabalho, dos efeitos da intertemporalidade da lei, da precarização de direitos no campo e da terceirização generalizada que afetará diretamente a massa salarial dos trabalhadores e, conseqüentemente, sua capacidade de

consumo, bem como o eventual prejuízo direto às cotas sociais de aprendizes e de pessoas com deficiência.

É claro que estamos em fase inicial de apreensão das leis aprovadas, o que impede maior aprofundamento na pesquisa doutrinária e jurisprudencial, até porque grande parte da jurisprudência trabalhista construída ao largo de muitos anos foi especificamente atingida e alterada pelas normas em comento.

## 2. Elasticimento do tempo de trabalho

Algumas incongruências são visíveis em relação à promessa de que se cuida sendo de se observar, inicialmente, que se estimulam situações de elasticimento da jornada de trabalho, cujas formas transcendem aos lindes constitucionais.

A fixação da jornada de doze por trinta e seis por acordo individual, o banco de horas também por acordo individual ou tácito, o qual poderá ser cumulado a horas prorrogadas,



Ricardo Tadeu Marques da Fonseca

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, ex-Advogado, ex-Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho. Especialista e Mestre em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná.

bem como o contrato a domicílio sob a versão atual do teletrabalho, sem limite de jornada, criam situação absolutamente avessa ao fim do desemprego protagonizado.

O Direito do Trabalho, como se sabe, é um conjunto de princípios e regras que revelam uma política pública de trabalho e emprego, na medida em que impõe limites à autonomia privada, submetendo-a a normas de ordem pública. A decisão do legislador de estimular o elastecimento da carga horária diária e semanal de trabalho, por acordo individual, além de ferir o que dispõe o art. 7º, XIII e XIV, da Constituição, que estabelece que tais limites só possam ser moldados ou elastecidos pela autonomia privada coletiva, impõe um grande desestímulo à contratação de novos trabalhadores, pois, por óbvio, as horas extras, cujo pagamento será certamente objeto de grandes discussões na Justiça do Trabalho, por mais onerosas que pareçam, são mais econômicas que a contratação de trabalhadores.

Ainda que se admita que a negociação coletiva poderá estabelecer o banco de horas e a adoção do regime doze por trinta e seis, como ocorre hoje, não se vislumbra aconselhável aos sindicatos adotar esses sistemas pela negociação coletiva, pois a acumulação de regimes de compensação e prorrogação trará grande risco à saúde dos trabalhadores, o que certamente não condiz com a missão histórica dessas organizações de classe das categoriais profissionais. Identificarão, conforme se espera, fator de desestímulo à empregabilidade.

### 3. Intertemporalidade

O efeito da aplicação da lei no tempo também será um fator de instabilidade nas

relações entre capital e trabalho, porque as novas regras não afetarão os contratos em vigor, na medida em que impliquem supressão de direitos. Elas começarão a valer apenas para os novos contratos. Trata-se do princípio constitucional de que a lei nova deve preservar os direitos adquiridos, previstos no art. 5º, XXXVI, da Constituição. Não se argumente que o fato de que o contrato de trabalho se desenvolva por trato sucessivo autorizaria a vigência imediata da lei em relação aos pactos em andamento, mesmo reduzindo direito, porque o princípio do respeito às condições mais benéficas está estampado nos arts. 468 e 444 da CLT, os quais encontram respaldo no *caput* do art. 7º da Constituição.

Embora as normas celetistas aqui indicadas façam menções apenas às alterações contratuais, tornando-as nulas quando estabelecidas contra a proteção legal mínima, nada indicando acerca de alterações legais, propõe-se uma leitura desses dispositivos em harmonia com o princípio constitucional da norma mais favorável constante do art. 7º, que, segundo a doutrina clássica de Amauri Mascaro Nascimento, adotada por Maurício Godinho Delgado, apresenta uma tríplice perspectiva, traduzindo-se como princípio de hierarquia das leis, de interpretação das leis e de criação das leis<sup>[2]</sup>.

Justamente na esfera da criação das leis é que o princípio em questão soma-se à norma constitucional do art. 5º, XXXVI e outorga aos artigos celetistas supra alcance de vedação do retrocesso também na esfera legal.

Estamos em um momento da história em que nunca se viu tamanha imposição legal de impedimentos de acesso a direitos trabalhistas. Segundo 17 Ministros do TST, as leis em



questão eliminam 25 direitos dos trabalhadores e colocam em risco o acesso a mais 23 institutos de proteção trabalhista, sem falar nas normas processuais que acarretam grande desequilíbrio em favor dos trabalhadores nas ações trabalhista. O documento em questão menciona 11 alterações prejudiciais nessa esfera<sup>[3]</sup>.

O grande impulso que se busca dar à negociação individual e à negociação coletiva como prevalentes sobre a lei apanha a classe trabalhadora em momento extremamente desfavorável. Estamos em uma quadra da história em que os sindicatos profissionais e os trabalhadores nada têm a negociar, diante do imenso exército de reserva de catorze milhões de desempregados, a elevar a condição do empregador à posição leonina no momento da tão almejada negociação.

Interessante aqui trazer à baila a posição do Tribunal Superior do Trabalho, em situação semelhante, de muito menor monta, porém, ao analisar os efeitos da Lei 12.740/2012, que reduziu a base de cálculo do adicional de periculosidade dos eletricitários a partir de sua vigência, ao estabelecer que passaria a não ser mais calculado sobre o conjunto remuneratório, como previa a Lei 7.369/1985, e sim sobre o salário-base. A Corte Superior Trabalhista editou a Súmula 191, item III, que assim se lê:

“**Súmula nº 191** - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO (cancelada a parte final da antiga redação e inseridos os itens II e III) - Res. 214/2016, DEJT divulgado em 30.11.2016 e 01 e 02.12.2016:

...

III - A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato

de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT”.

Os precedentes do referido inciso, que foi acrescido em novembro de 2016, mencionam justamente o respeito ao direito adquirido, consubstanciado nas condições contratuais suscitadas na vigência de lei revogada, cujo conteúdo era mais benéfico que a nova lei. Mencionam, também, o princípio da retroatividade mínima, cuja origem jurídica é justamente o respeito ao direito adquirido, mesmo em contratos de trato sucessivo estabelecido sob a égide de lei revogada que assegurava direitos quando da pactuação para preservá-la íntegra no tempo.

Os efeitos sociais do respeito ao direito adquirido, na presente conjuntura, poderão gerar dispensas para substituição dos trabalhadores protegidos pela sistemática trabalhista anterior à reforma, a apontar mais um risco sério de desestabilização das relações entre capital e trabalho e desemprego.

#### 4. O trabalho rural

A eliminação das horas *in itinere* certamente não acarretará empregabilidade no meio rural. A fixação do trabalhador rural no campo tem sido um grave problema estrutural no Brasil desde os anos 60, com o início da industrialização e com o Estatuto do Trabalhador Rural, que tinha essa finalidade.

A Lei 5.889/73 assegurou uma série de direitos aos trabalhadores rurais que estavam, até então, à margem da proteção celetária, o que se efetivou a partir da igualização absoluta

de direitos entre eles e os trabalhadores urbanos com a Constituição de 1988.

As horas *in itinere* foram decorrentes da aplicação extensiva do art. 4º da CLT, pois o trabalho rural, ocorrido em locais de difícil acesso, somente se faz possível com o transporte de trabalhadores proporcionado pelo empregador. Se, por um lado, isso propicia a atividade em si, por outro, obriga o trabalhador a atender os desígnios do empregador, colocando-se a postos para a consecução da atividade econômica bem antes do momento do início da efetiva prestação de serviço.

A consagração jurisprudencial das horas *in itinere*, pela Súmula 90 do TST, posteriormente convolada em lei, em 2001, com a edição da Lei 10.243, visava estimular a permanência do rurícola nessa atividade, proporcionando-lhe um ganho adicional, em razão dos grandes esforços que o labor implica e, em regra, com baixo nível remuneratório. Há, aqui, dessa maneira, mais um desestímulo ao emprego rural, no que toca aos trabalhadores que provavelmente desencadearão um novo êxodo rural.

### **5. A forma em detrimento do conteúdo contratual**

Causa espécie o apego exacerbado à autonomia privada, submetendo o contrato realidade, que desde Mario de La Cueva edificasse em princípio basilar do Direito do Trabalho, a uma aparente prevalência da forma sobre o conteúdo.

O art. 442-B da CLT enuncia que a adoção dos aspectos formais da contratação de trabalhadores autônomos impedirá o reconhecimento do vínculo empregatício. A

intenção é clara, mas o resultado é altamente questionável, porque o novo artigo em questão deve ser lido em consonância com o art. 442 que introduz o capítulo IV da CLT, onde se regulamenta o contrato individual de trabalho, o qual evidencia o aspecto objetivo da relação de emprego, sempre que seus elementos estiverem presentes.

A leitura correta do novo dispositivo, desse modo, do ponto de vista sistemático, impede a prevalência da forma sobre o conteúdo, porque o que se estabelece no artigo que introduz o capítulo submete a regularidade da contratação formal dos autônomos à inexistência da subordinação jurídica ou estrutural, bem como dos demais elementos do vínculo de emprego, como onerosidade, pessoalidade e continuidade na prestação de serviços.

A se admitir o contrário, estar-se-ia imprimindo ao Direito do Trabalho uma conotação mais conservadora que o próprio Direito Civil atual delineia aos contratos, na medida em que o art. 421 do Código estabelece, desde 2003, a prevalência da finalidade social do contrato em detrimento da forma, diferentemente do que pretende o art. 442-B em comento.

Há que se invocar aqui, ademais, o art. 9º da CLT, cuja influência se deu, nitidamente, também no novo Código Civil, ao inaugurar um novo diploma civilista a prevalência da boa-fé objetiva nos contratos, tal como prescreve o art. 422.

Tudo indica, portanto, que o Direito do Trabalho, construído há décadas, há de superar os equívocos da reforma em seu exacerbado apego à autonomia privada, superando-se a literalidade em favor dos valores que erigem o ramo obreiro do Direito, conforme os princípios ainda mantidos na Constituição do Brasil e na

própria CLT.

Há de prevalecer a correta leitura teleológica e sistemática, portanto, do novo artigo celetista aqui analisado. Parece-me que ele estabeleceu o ônus da prova para a empresa de demonstrar a correta formalização do contrato dos autônomos, para gerar mera presunção relativa a seu favor, a qual cederá diante da prova dos elementos da relação de emprego.

Já tive a oportunidade de vivenciar situação semelhante, no momento em que atuava no Ministério Público, e combati a literalidade do parágrafo único do art. 442 da CLT, que sonegava o vínculo de emprego a trabalhadores cooperados, terceirizados por empresas tomadoras de seu trabalho. As chamadas cooperativas de mão de obra foram afastadas pela Justiça do Trabalho para que prevalecesse o conjunto de normas e princípios trabalhistas sobre a literalidade daquele dispositivo.

A intenção, talvez, do legislador, seja aumentar o engajamento de trabalhadores sem vínculo laboral nas empresas em larga escala, o que acarretaria, no entanto, fragilização das normas de proteção à higiene e à segurança no trabalho, aumentando os riscos e os custos da previdência social, bem como a redução de arrecadação no FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e de ganhos como férias e 13º salários, os quais se constituem como verdadeiras poupanças em favor dos trabalhadores.

## 6. Terceirização

Há que se equacionar, ademais, a perturbadora questão da terceirização generalizada das atividades-fim e meio trazidas pela lei 13.429 e reforçada pela Lei

13.467. A se admitir a terceirização com a amplitude propugnada, como ficam as cotas de contratação obrigatória de aprendizes, de 5 a 15% do efetivo das empresas que apresentem funções passíveis de formação profissional? E as cotas para contratação de pessoas com deficiência, que são obrigatórias nas empresas com mais de cem empregados? Bastaria então que uma empresa quebrasse esses referenciais, terceirizando empregados apenas para não ser compelida a contratar aprendizes ou trabalhadores com deficiência.

Há de se indagar, aliás, se o valor social do trabalho e da livre iniciativa, insculpido no art. 1º da Constituição, como princípio fundante da República, e corroborado pelo art. 170, que fixa a função social da propriedade, seriam compatíveis com a ideia de que uma empresa terceirizasse todos os seus trabalhadores, estabelecendo com eles uma relação de mercancia do trabalho, contratando-os com salários inferiores aos da categoria profissional e assumindo apenas responsabilidade subsidiária diante da inadimplência das empresas prestadoras.

Veja-se que não se trata apenas de preservarem-se as cotas de pessoas com deficiência e aprendizes, há necessidade de se limitar a comercialização da força de trabalho no Brasil. O princípio da dignidade da pessoa, cumulado ao valor social do trabalho e da livre iniciativa, bem como ao da função social da propriedade, deverão lastrear a ponderada jurisprudência da Justiça do Trabalho.

São cerca de 450.000 aprendizes e 420.000 trabalhadores com deficiência que veem ameaçadas as suas oportunidades. Há que se exigir das empresas que venham a adotar a terceirização generalizada, o respeito às cotas

em questão, as quais não foram submetidas à negociação individual ou coletiva. São leis de ordem pública que devem ser cumpridas.

## 7. Conclusão

Nesse contexto, as leis em análise desequilibram as relações entre capital e trabalho no Brasil, solapando a construção jurisprudencial e doutrinária de décadas e subjugando a classe trabalhadora. O que se esperaria seria, no mínimo, uma reforma com ganhos recíprocos e uma política consciente de estímulo aos empregos, com a redução das cargas semanal e diária de trabalho, como se deu na França e na Alemanha.

A pauta que lastreou a reforma vem sendo proposta pela Confederação Nacional das Indústrias - CNI há alguns anos, as chamadas 101 Propostas para Modernização Trabalhista, e foram amplamente acolhidas pelas leis em apreço.

Os contratos precários de trabalho, como o tempo intermitente e de autônomos em larga escala, bem como os terceirizados sem equivalência salarial com as respectivas categorias profissionais, também afetarão profundamente a capacidade de consumo da classe trabalhadora, a desaquecer a economia e afetar profundamente a empregabilidade.

O que se observa, portanto, é uma contradição interna no projeto e insustentável em relação às promessas alardeadas.

---

[1] <http://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/juiz-aviador-e-tenista-amador-conheca-marlos-melek-o-pai-da-reforma-trabalhista-5hk39ahulh1y9yho5rjkw1qu2>. Acesso em 14/08/2017.

[2] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 214-216.

# LINEAMENTOS SOBRE A SUPREMACIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO SEGUNDO A REFORMA TRABALHISTA

Miriam Cipriani Gomes

## INTRODUÇÃO

A Lei que instituiu a Reforma Trabalhista teve a pretensão de colocar em perspectiva um dos princípios mais caros à ordem jurídica brasileira, que é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao tentar suprimir da Justiça do Trabalho a prerrogativa de pronunciamento sobre o conteúdo normativo das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Ao inserir um parágrafo terceiro ao artigo oitavo da CLT, pretendeu limitar a atuação da Justiça do Trabalho à análise dos elementos de validade (art. 104 do Código Civil) da convenção coletiva/acordo coletivo de trabalho.

E os idealizadores da Reforma assim fizeram esteados naquilo que denominaram de princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva, privilegiando uma supremacia à liberdade de contratar que nega as razões da gênese e da consolidação do Direito do Trabalho como marco regulatório do trabalho humano,

historicamente marcado pela desigualdade econômica entre os contratantes.

Para o legislador da Reforma, assim, falece à Justiça do Trabalho a possibilidade de declarar de forma incidental a nulidade de cláusula convencional, exceto quando se trate das irregularidades que expressamente elencou em outro dispositivo, quer seja, em um “rol” de ilicitudes inseridas no art. 611-B, desta “nova CLT”, como se estivesse ao seu alcance prever e esgotar todas as possíveis situações de ilegalidades que estes instrumentos podem e poderão vir a conter.

Um exemplo muito simples é capaz de demonstrar o quanto esta iniciativa legal ousa dizer ao juiz “como deve julgar” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 41).

Vejam no “rol das ilicitudes” não está inserida a impossibilidade de negociação acerca de garantias individuais. Em um exercício de suposição até caricata poderíamos imaginar uma cláusula convencional fixando o direito de o empregador realizar revista íntima

.....

Miriam Cipriani Gomes

Advogada. Professora de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA e da Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESP. Mestre pelo Centro Universitário Curitiba. Doutora pela Universidade Federal do Paraná.

no empregado sem que o Judiciário pudesse pronunciar sua ilicitude desde que presentes os elementos formais de validade.

Pois bem, amarrando o Judiciário ao rol do art. 611-B, de resto, toda e qualquer matéria inserida nesses instrumentos estaria submetida tão somente ao crivo e à mercê da autonomia privada coletiva, não contando mais com as barreiras delineadas pelo princípio protetor, postulado histórico fundamental, mas salvaguardada por outro princípio, estranho à ordem jurídica trabalhista coletiva, o denominado princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva, imposto agora pelo legislador da reforma e desprovido de historicidade e conexão com os primados do trabalho digno e emancipador.

A partir da introdução do § 3º ao artigo 8º e da relação das ilicitudes do art. 611-B é que refletimos acerca da extensão ao princípio da autonomia da vontade privada coletiva e acerca da incidência do novo princípio da intervenção mínima, mormente em um cenário de crise e de desconstrução de conquistas sociais, que intimida o trabalhador na mesa de negociação, premido pela permanência no emprego.

#### **A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA. LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. INVERSÃO DA RELAÇÃO DE SUPLEMENTARIDADE ENTRE LEGISLADO SOBRE O NEGOCIADO PARA O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO**

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece aos sujeitos da negociação coletiva o direito de criar a norma jurídica através da prática da negociação coletiva, regulamentando as condições de trabalho, fazendo-o

expressamente a partir da Constituição Federal, em seu art. 7º, XXVI.

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, incentiva a negociação coletiva, entendendo-a como instrumento democrático de realização do Direito. Recomenda a cada país, que, segundo suas características, adote medidas necessárias para o estabelecimento do debate, sem interferência estatal, para alcançar, através do contrato coletivo, a fórmula de regulação das condições de emprego.

A Convenção n. 98, que tem vigência no Brasil por ter sido ratificada em 18.11.1952, sugere a adoção de medidas para o fomento da negociação coletiva<sup>1</sup>, tudo a demonstrar que pela via da pluralidade jurídica, o Estado brasileiro reconhece tanto a autonomia dos sujeitos que a entabulam, quanto a negociação coletiva como fonte de produção de norma jurídica.

O importante é analisar em que medida a vontade pode ser exercida e qual o contorno que o ordenamento jurídico impõe às partes na negociação a partir da Reforma Trabalhista, que inseriu o § 3º ao art. 8º na CLT, pretendendo retirar da Justiça do Trabalho a prerrogativa de se pronunciar sobre o conteúdo das convenções e acordos coletivos, exceto no que pertine aos seus elementos de validade,

1 Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho. Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego. (SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**. 2ª. ed., ampl. e atual.,. São Paulo: LTR, 1998, p. 206).

enaltecendo um princípio desconhecido para o Direito do Trabalho, que denominou de princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva.

### **AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

A negociação coletiva de trabalho supõe o reconhecimento de uma autonomia de vontade (coletiva), como fonte geradora de regras de direito, que decorre diretamente do pluralismo jurídico, em contraposição à teoria monista, segundo a qual a única fonte de elaboração da norma seria o Estado.

A ordem jurídica reconhece a negociação como instrumento capaz de resolver os conflitos coletivos, internalizando no sistema as convenções e os acordos coletivos que dela resultam, como fontes de regulamentação, lado a lado com outras vias normativas estatais.

A base da negociação coletiva, como instrumento de criação da norma jurídica no regime pluralista, é a autonomia privada coletiva reconhecida aos sujeitos da negociação.

Autonomia é a autodeterminação político-administrativa de que podem gozar, relativamente, grupos (partidos, sindicatos, corporações, cooperativas, entre outros), em relação ao país ou comunidade política dos quais fazem parte<sup>2</sup>.

Sua origem é posterior ao reconhecimento da autonomia privada individual, nascida dos preceitos da Revolução

Francesa e desta decorrente.

Na medida em que o liberalismo proporcionou a tomada de consciência coletiva (SANTOS, 2004) pela omissão do Estado na regulamentação das relações de trabalho; que a Revolução Industrial proporcionou a “resistência coletiva, ao reunir contingentes cada vez maiores de pessoas que trabalhavam jornadas inteiras, seguindo as mesmas regras e vivendo idênticas rotinas” (VIANA, 2001, p. 48) e que os sindicatos obtiveram o reconhecimento como legítimos representantes dos trabalhadores, é que conquistaram o direito de autorregular suas relações.

Esta autonomia privada, de natureza coletiva, reconhecida aos sindicatos, é típica. Encontra-se delineada por lei, sem que esta, contudo, reduza-a a mera concreção ou individuação daquela (SANTOS, 2004).

É, enfim, a faculdade reconhecida pelo Direito positivado a determinados grupos, de, em certa medida, autorregular seus interesses através de negócio jurídico.

No Direito do Trabalho em específico, a autonomia privada coletiva é reconhecida aos sindicatos e às empresas e atua em correlação à ordem estatal.

O exercício da autonomia privada coletiva será mais amplo quando menor for o papel do Estado como órgão regulador das relações de trabalho e, inversamente, será menos amplo quando maior for o papel regulador, desenhando o espaço para as partes coletivas movimentarem-se e exercerem a vontade. Assim, depende quase totalmente da relação que se estabelece entre os instrumentos coletivos e a lei.

Na concepção de Amauri Mascaro Nascimento, estas relações são de exclusividade,

2 Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Barsa Planeta Internacional Ltda. 18ª. ed., São Paulo: Quebecor World São Paulo, Melhoramentos. 2001, p. 227

de concorrência ou de complementaridade, tema que diz respeito aos limites da autonomia privada coletiva e que são analisados a seguir.

## LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Os limites para a negociação coletiva de trabalho defluem da coexistência da convenção e do acordo coletivo de trabalho como fonte de regras jurídicas, ao lado da fonte estatal, ambas a regular a mesma relação intersubjetiva – a relação de emprego.

Até que ponto os sujeitos da negociação podem avançar ou a partir de que ponto devem recuar na elaboração da regra, depende, em muito, da ação normativa estatal e de ser seu conteúdo de feição imperativa ou meramente dispositiva.

Amauri Mascaro Nascimento, referindo-se à doutrina de Ignacio Garcia PerreteEscartin, descreve os diversos tipos de relação entre a lei e os convênios coletivos (leia-se convenção e acordo coletivo de trabalho).

Esta relação pode ser de exclusividade, em que a lei reserva às partes da negociação um campo próprio para atuação. Também pode ser uma relação de concorrência, em que a lei e a convenção atuam no mesmo espaço, sendo que às vezes prevalece aquela; às vezes esta. A relação também pode ser de complementaridade, quando a lei remete à negociação a incumbência de regular determinada matéria. Por fim, a relação pode ser de complementaridade, em que há um mínimo de conteúdo na lei estatal, restando à negociação a fixação de condições que representem um *plus* ao trabalhador (NASCIMENTO, 2000).

Pela descrição adotada, constata-

se que prevalecia no Brasil a relação de complementaridade, agora invertida pela supremacia do negociado sobre o legislado e pelo princípio da intervenção mínima..

Fundamenta-se.

O modelo de regulação das relações de trabalho é o de intervencionismo estatal, assentado em um tripé que se perfaz pela legislação minuciosa e imperativa; organização sindical que já possuiu recorte corporativista e solução de conflitos centralizada na Justiça do Trabalho (ROBORTELLA, 2000).

Como meio de amparar o trabalhador como ser humano e fazer prevalecer a justiça social, o Direito do Trabalho se constitui quase que integralmente de normas de ordem pública (SUSSEKIND, 2005), reconhecendo-se, porém, um conteúdo dispositivo, que permite a mobilidade das partes que entabulam a negociação.

O conteúdo de ordem imperativa é institucional e ultrapassa o interesse meramente individual, para se situar no âmbito do interesse coletivo, vinculado ao princípio protetor, espinha dorsal e núcleo do Direito do Trabalho.

A imperatividade de determinadas disposições é a concretização da proteção, sem o que, a aplicação do Direito do Trabalho ficaria a mercê da vontade das partes, gerando insegurança e servindo ao interesse meramente econômico, sem promover qualquer melhoria da condição social do trabalhador.

Pelo conteúdo imperativo mínimo, obtém-se o limite a ser observado na negociação, já que as disposições são inderrogáveis pela vontade das partes, não lhes sendo reconhecido o exercício da autonomia privada coletiva de forma livre e ampla, porque a sua relação com a



norma estatal é de complementaridade<sup>3</sup>.

Salvo no que diz respeito aos dispositivos que a Constituição expressamente previu a possibilidade de modificação pela negociação,<sup>4</sup> não haveria espaço para as partes movimentarem-se. Mas a reforma veio alargar e em muito, a margem para a negociação *in pejus*.

Viana(2001) concebe duas formas de limites à negociação. Sob sua concepção, os limites são negativos e positivos.

Os limites negativos são os que impedem, pela negociação, as conquistas que poderiam ser obtidas pelos trabalhadores. Os limites negativos, “pressiona-os a não resistir – sequer coletivamente – à violação de seus direitos” (VIANA, 2001, p. 56).

Aqui, se expressa a inversão do fenômeno da negociação, com nítido favorecimento não somente da empresa como também da política econômica do Governo.<sup>5</sup>

Os limites positivos são os estabelecidos na própria Constituição Federal, o que significa que as convenções coletivas só “podem ir” até onde a Constituição “expressamente permite” (VIANA, 2001, p. 56)<sup>6</sup>.

Há, na doutrina, consenso em um aspecto. Na negociação coletiva entabulada

perante um sistema jurídico com conteúdo mínimo imperativo, como é o brasileiro, às partes não é reconhecida autonomia para estabelecer condição que lhe seja contrária. A autonomia só é reconhecida para estabelecer condição mais benéfica.

Com a vigência da Reforma Trabalhista este cenário se torna pior, tendo em vista que o legislador pretendeu estabelecer um rol de ilicitudes, bem como pretendeu retirar do Judiciário a possibilidade de pronunciamento sobre eventuais ilegalidades que possam vir a ser fixadas nesses instrumentos, reduzindo o leito normativo sobre o qual se assentava o limite à liberdade e estabelecendo a supremacia das normas coletivas.

### **O PROBLEMA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO. A QUEM INTERESSA A SUPREMACIA DA VONTADE PRIVADA?**

Quando a invasão do conteúdo mínimo se dá pelas disposições contidas em convenção ou acordo coletivo de trabalho, está-se discutindo a supremacia do negociado sobre o legislado.

A defesa da supremacia do negociado sobre o legislado resulta do entendimento de que o trabalho tem um custo significativamente alto e que medidas devem ser implementadas para desonerá-lo, Este discurso, antigo que é, tomou corpo com os idealizadores da Reforma e acabou sendo aprovado, balançando as estruturas do Direito Coletivo e do Direito Individual do Trabalho.

Princípios que resolvem questão de hermenêutica, como o da proteção ou o da norma mais favorável, que expressa uma hierarquia dinâmica entre as fontes formais

3 Para Arnaldo Lopes Sussekind, a relação é de complementaridade a uma base legal cogente. (SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Instituições de Direito do Trabalho**, v. 1, 22ª. ed., São Paulo: LTr, p. 202).

4 Art. 7º VI, XIII e XIV.

5 O exemplo citado pelo autor é o da disposição do art. 623 da CLT, que entrava a negociação de cláusulas econômicas fora dos parâmetros da política governamental. O art. 623 da CLT é de duvidosa compatibilidade com o Plano de Estabilização Econômica de 1994, que instituiu a livre negociação salarial.

6 Mesmo na interpretação da convenção pela teoria do conglobamento não é admissível a derrogação do conteúdo mínimo imperativo.

do Direito do Trabalho (SANTOS, 2009) foram esquecidos em prol de um discurso que argumenta com a valorização da liberdade e da autonomia coletiva que teriam sido negados aos brasileiros.

Ora... liberdade e ausência de regulação em um cenário de desigualdade já foi motivo de espoliação do mais fraco pelo mais forte, o que se traduziu na frase do religioso Henri Lacordaire, ainda no século XIX, em plena época de um Estado negativo, como deixou registrado Norberto Bobbio (BOBBIO, 2000).

É que a sociedade que resultou da conjunção de fatores como a globalização da economia e tecnologias que impactaram profundamente as formas de organização do processo produtivo tem sido marcada pelo discurso da doutrina neoliberal, de que se faz necessária a desconstrução do primado do trabalho, ou, no mínimo, a flexibilização das normas que protegem a relação de emprego<sup>7</sup>.

No cenário atual, a tônica da doutrina que pretende impor a lei do mercado, ajustando a norma à necessidade da realidade econômica é a de tornar menos rígida a norma jurídica trabalhista, com a proeminência do conteúdo negocial sobre o conteúdo legal.

Nada de mais haveria nesta ideia se o negociado representasse sempre a melhoria da condição social do trabalhador, o que, aliás, está expresso no texto constitucional,

7 O Direito do Trabalho clássico, na concepção de Arion Sayão Romita é o da sociedade industrial, que “desenvolveu-se em uma época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas. Tem como objeto a relação de trabalho típica, com origem em um contrato livremente celebrado por sujeitos de direitos postos em pé de igualdade formal.” (ROMITA, 2005, p. 389).

particularmente no caput do art. 7º.

O que se denota, contudo, é que o negociado pode adquirir feição prejudicial e derogatória *in pejus* quanto ao mínimo legal, ainda mais quando o legislador ousou relacionar o que constitui ilicitude, utilizando, no texto da lei, a expressão “exclusivamente” para dar ares de rol exaustivo ao conteúdo do art. 611-B da CLT reformada.

As razões pelas quais este conteúdo mínimo, inegociável surgiu e se sustenta parecem vir sendo lentamente esquecidas ou são mesmo desconhecidas por quem sustenta a sua desconstrução com vistas a privilegiar a ordem econômica, sob o conhecido argumento da competitividade e da necessidade de criação de condições favoráveis aos investimentos privados e da manutenção dos empregos existentes.

O discurso que defende a desconstrução do conteúdo mínimo vem em desprestígio à sua principal função, que no ensinamento de Maurício Godinho Delgado é “realizar certo padrão genérico de justiça social, distribuindo a um número significativo de indivíduos (os empregados), em alguma medida, os ganhos do sistema econômico” (DELGADO, 2006, p. 8).

A institucionalização e constitucionalização dos direitos sociais e trabalhistas deram-se em torno da típica relação de emprego, posta em cheque na sociedade pós-industrial, com as novas formas de inserção do trabalhador no processo produtivo.

Não bastassem estas novas formas de inserção do trabalhador, decorrentes da natural evolução tecnológica, as normas de proteção ao trabalho da sociedade pós-industrial vêm sendo sacudidas pela ideia de que é necessário imprimir-lhe nova eficácia, invariavelmente pela

flexibilização ou por uma nova regulamentação. A Constituição Federal de 1988, todavia, contém um contrato mínimo, em que o legislador elencou de forma não exaustiva um rol de direitos abaixo dos quais não se pode conceber trabalho com dignidade e perante o qual não atua a vontade das partes, salvo nas hipóteses que estão ali previstas, de redução salarial e de compensação de jornada. A reforma foi muito além da norma constitucional ao permitir a supremacia da negociação sobre direitos de natureza fundamental.

Para o legislador da reforma a técnica para a invasão deste espaço em que a vontade das partes não poderia atuar será a negociação coletiva de trabalho.

Concebida como instrumento para a melhoria da condição social do trabalhador, poderá, ao fundamento de sua supremacia sobre a lei representar a perda de conquistas históricas e a violação de direitos fundamentais consagrados em 1988.

Coloca-se em discussão se o negociado sobre o legislado pode ultrapassar as barreiras de contenção constituídas pelo mínimo essencial idealizado pelo legislador constituinte.

A primeira observação a ser feita é a de que não se pode conceber este conteúdo mínimo como um compartimento estanque e desagregado de outros ramos do Direito e das ciências, como a economia, a política e a sociologia.

A segunda observação é refletir até que ponto este conteúdo pode ser transformado a ponto de permitir servir aos interesses econômicos, tendo em vista o reconhecimento de que foi pela sua rigidez que as economias capitalistas alcançaram certa função social.

A questão que se coloca é exatamente

a de encontrar o limite para o exercício da autonomia da vontade, a partir da constatação de que somente através de uma rede de proteção foi possível alçar o mais fraco ao patamar em que já se encontrava a outra parte da relação jurídica laboral, consolidando a igualdade material.

A fase de institucionalização do Direito do Trabalho e, por consequência, da obrigação de se observar determinadas normas, coincidiu com o início do Estado do Bem Estar Social, que nasceu como reflexo da falência dos princípios liberais, a partir da valorização da pessoa e do trabalho, da justiça social e do bem estar da coletividade, numa sociedade essencialmente capitalista.

Na concepção de BONAVIDES (1996, p. 186) é o “Estado de todas as classes”, que se fixa e sustenta para “superar a contradição entre a igualdade política e desigualdade social”.

O Estado Social nasceu, também, mas não só, como reação ao Estado Liberal, representando a derrota da burguesia dominante, através da repartição do controle e da riqueza com as demais classes sociais, o que significou, para os trabalhadores, a valorização do trabalho e da pessoa que o presta.

Maurício Godinho Delgado (2006) observa que a proteção dispensada ao trabalhador mostrou-se em absoluta sintonia com o modo capitalista de organização da economia, fazendo menção aos países nórdicos, que, sem abandonar o Estado Social, não perderam competitividade internacional, em contraponto ao argumento comumente utilizado pelo neoliberalismo e, agora, pelo legislador da reforma.

O Estado Social, contudo, passou a ser duramente criticado, sob o argumento de que

a revolução tecnológica e as novas formas de gestão empresarial tornaram-no obsoleto. O contexto passou a ser o da desvalorização do trabalho e do emprego e de crítica à forma pela qual o Estado e a sociedade se organizavam.

Ganhou corpo a doutrina neoliberal, defendendo o encolhimento do Estado, com a prevalência do mercado. A proposta era a de fazer desaparecer o papel do Estado como redutor das desigualdades, com a projeção do mercado como meio regulatório, inclusive das relações de trabalho.

Isto porque, para o mercado, interessa garantir a competitividade e o lucro ao menor custo possível e este conteúdo mínimo é visto como encargo, como ônus e como passivo, como leciona José Affonso Dallegrave Neto (2003), narrando que para o ideário neoliberal os direitos trabalhistas e sociais são vistos sob uma ótica estritamente econômica, significando encargo social, custo, passivo trabalhista, um estorvo para a maior lucratividade da empresa.

A diminuição do papel do Estado pela aderência ao neoliberalismo implica no desvanecimento do espaço público e sua substituição pela economia de mercado. Prevalecendo a economia como marco regulatório na sociedade, algumas características do Estado do Bem Estar Social sofreram profundas transformações, sempre em desfavor da centralidade do trabalho e do emprego e, por consequência, dos direitos sociais antes conquistados, o que se concretizou com a aprovação da Reforma Trabalhista.

O fato é que os trabalhadores vêm sofrendo o impacto pela atuação do poder econômico, que pouco a pouco tomou o espaço que, historicamente, era reservado à norma jurídica protetora, e que agora consagrou a

autonomia da vontade, ao mesmo tempo em que pretendeu excluir da Justiça do Trabalho o exercício da jurisdição, individual ou metaindividual.

### **A REFORMA POR LEI ORDINÁRIA QUE TENTA DERROGAR NORMA CONSTITUCIONAL QUE FIXA GARANTIA FUNDAMENTAL**

Uma das mais importantes garantias fixadas no texto constitucional é a inafastabilidade da jurisdição, contida no art, 5º, XXXV, in fine,

*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

O legislador da reforma, alheio ao princípio, tentou excluir da apreciação da Justiça do Trabalho a possibilidade de manifestação sobre o conteúdo normativo das convenções e acordos coletivos, exceto quanto ao que listou como objeto ilícito, no “rol das ilicitudes” contido no art. 611 – B, CLT. Transcrevemos:

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

*I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;*

*II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;*

*III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);*

*IV – salário mínimo;*

*V – valor nominal do décimo terceiro salário;*

*VI – remuneração do trabalho noturno*

superior à do diurno;  
 VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;  
 VIII – salário-família;  
 IX – repouso semanal remunerado;  
 X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50%(cinquenta por cento) à do normal;  
 XI – número de dias de férias devidas ao empregado;  
 XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;  
 XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;  
 XIV – licença paternidade nos termos fixados em lei;  
 XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;  
 XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;  
 XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;  
 XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;  
 XIX – aposentadoria;  
 XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;  
 XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;  
 XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;  
 XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de

dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;  
 XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;  
 XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;  
 XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;  
 XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;  
 XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;  
 XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;  
 XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.  
 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.

Temas como jornada de trabalho, sistemas de compensação, enquadramento do adicional de insalubridade, remuneração por produtividade, fixação de dia para fruição do feriado e intervalo intrajornada, por outro lado, estarão à mercê da autonomia da vontade, excluídos que foram do “rol de ilicitudes” e do crivo balizador da Justiça do Trabalho pela novel

disposição do art. 8º, § 3º da CLT.

É necessário nesse momento, então, pesquisar se um princípio constitucional, como é o princípio da inafastabilidade da jurisdição pode ser derogado por norma infraconstitucional, porque somente assim seria sustentável a intenção reformista de suprimir do Judiciário a apreciação do conteúdo normativo que não tenha sido relacionado como ilícito e, por consequência, admitir o ingresso no ordenamento jurídico de normas não estatais de duvidosa validade, no sentido que lhe dá Ferraz Junior (1999), de estabilidade com o conjunto normativo.

Do ponto de vista da hierarquia estática entre as normas, que funciona como critério de apuração de sua validade, mas não como critério de aplicação, ante ao princípio da norma mais favorável, a norma inferior encontra seu fundamento de validade naquela que lhe é superior, em um sistema escalonado kelseniano.

O critério de aferição de validade das normas também é, no Direito do Trabalho, o da hierarquia rígida ou estática. Para a apuração da validade, assim, é necessário responder de modo afirmativo a três perguntas: (i) A norma emana de um órgão competente? (ii) Este órgão tem competência na matéria? (iii) O poder (legislativo) foi exercido segundo as exigências legais? (REALE, 2003).

Das três questões, duas podem de imediato ser respondidas de modo negativo, o que é suficiente para a invalidade da disposição do art. 8º, § 3º. Nenhuma das casas legislativas, nem Câmara e nem Senado possuem competência para suprimir garantias fundamentais, que sequer podem ser objeto de emenda constitucional por se tratarem de cláusulas pétreas, assim idealizadas pelo

legislador constituinte no art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Ao tentar retirar do Judiciário a prerrogativa de apreciação de lesão ou ameaça a direito, a Reforma reveste-se de flagrante inconstitucionalidade e nega eficácia a garantia fundamental, como se o Poder Legislativo não estivesse vinculado, em sua atuação, aos direitos fundamentais, consolidados, em um primeiro momento, exatamente como medida de proteção contra os abusos do Estado.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos que a Justiça do Trabalho tem a prerrogativa de se pronunciar sobre a ilicitude ou licitude de quaisquer cláusulas constantes de convenção coletiva e de acordo coletivo de trabalho que lhe sejam submetidos em feitos de sua competência ante ao princípio da inafastabilidade da jurisdição contido no texto constitucional, a salvo de qualquer tentativa de alteração, inclusive por emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea.

A lei que instituiu a reforma, sob nossa ótica é, portanto inválida porque não encontra seu fundamento na norma superior.

Entendemos que o princípio da intervenção mínima na autonomia privada não elimina os limites para o seu exercício e que não cabe ao legislador ditar um rol de ilicitudes de forma exaustivo, fora do qual todos os demais temas concernentes à regulação do contrato de trabalho estariam a mercê da vontade privada, ainda mais em um cenário de desequilíbrio econômico e de desigualdade jurídica.

A supremacia da liberdade de contratar que justificaria a prevalência do negociado sobre o legislado é uma ficção inaceitável

no plano das relações de emprego, que conduzirá, de forma inevitável, à inclusão de cláusulas convencionais violadoras de direitos historicamente conquistados e sobre as quais o Judiciário deverá se pronunciar quando provocado.

Entendemos, por fim, que o negociado sobre o legislado só tem primazia quando atende aos designios constitucionais de melhoria da condição social do trabalhador, nos termos do disposto pelo art. 7º, expressão do princípio da vedação do retrocesso social, que o legislador tentou agora revogar, porém, invalidamente.

## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª.ed., 1996.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: CalousteGulbenkian, 1996.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, vol. 15, Nov/dez 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NASCIMENTO. Amauri Mascaro. O Debate sobre a Negociação Coletiva. **Revista LTr**, vo. 64, n. 09, setembro de 2000, São Paulo: LTr, 2000,
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. Previsão da Negociação Coletiva sobre a Lei. **Revista LTr**,
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: Teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. São Paulo: LTr, 2009.
- SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**. 2ª. ed., ampl. e atual.,. São Paulo: LTr, 1998.
- SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª. ed.ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2005.
- VIANA, Márcio Túlio. O Novo Papel das Convenções Coletivas de Trabalho: Limites, Riscos e Desafios. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 67, n. 3, jul-set 2001, Porto Alegre: Sintese, 2001.

# REFORMA TRABALHISTA: ALTERAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO TRABALHO

Gustavo Filipe Barbosa Garcia

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, com início de vigência depois de 120 dias de sua publicação oficial (art. 6º), ocorrida em 14.07.2017, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

No presente texto, propõe-se examinar os principais impactos do novo diploma legal na jurisprudência trabalhista.

O art. 8º, § 2º, da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, passa a prever que as súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

É certo que, considerando o *princípio da legalidade*, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da Constituição da República).

A jurisdição, exercida pelos tribunais, assim, não pode legislar, em respeito ao

princípio da separação de poderes. Nesse sentido, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

Entretanto, cabe registrar não só a existência do poder normativo da Justiça do Trabalho no âmbito dos dissídios coletivos (art. 114, §§ 2º e 3º, da Constituição da República), mas principalmente que o Direito não é sinônimo de lei, a ela não se reduzindo, por englobar as vertentes social, axiológica e normativa<sup>1</sup>.

Além disso, a jurisprudência interpreta e aplica o sistema jurídico, o qual, mesmo no aspecto normativo, é formado de regras e princípios, presentes nas esferas constitucional e infraconstitucional, internacional e interna, não se restringindo às leis.

Portanto, deve-se reconhecer a função da jurisprudência de ajustar a ordem jurídica

1 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito. 5. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 19-20.



Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela Universidad de Sevilla. Pós-Doutorado em Direito pela Universidad de Sevilla. Membro Pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Titular da Cadeira 27.



em consonância com a evolução social, não podendo ficar aprisionada à aplicação literal e isolada de preceitos legais que não considerem o Direito de forma global e sistemática.

Cabe salientar ainda que a jurisprudência passou a ter conotação obrigatória e força nitidamente vinculante em diversas situações, como se observa nos arts. 489, § 1º, inciso VI, e 927 do CPC de 2015, o que confirma a sua relevância cada vez maior na atualidade, como fonte do Direito não apenas supletiva, inclusive na esfera trabalhista (art. 769 da CLT e art. 15 do CPC de 2015).

O § 3º do art. 8º da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, por sua vez, passa a determinar que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho deve analisar *exclusivamente* a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Nesse contexto, o art. 611-A, § 1º, da CLT, também acrescentado pela Lei 13.467/2017, dispõe que no exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho deve observar o disposto no referido § 3º do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os *elementos essenciais do negócio jurídico* são a declaração de vontade, as partes, o objeto e a forma. A convenção e o acordo coletivo são negócios jurídicos com eficácia normativa, produzidos em razão do exercício da *autonomia privada coletiva*, a qual é considerada o poder jurídico e social que produz as normas decorrentes de negociação coletiva de trabalho. Justamente por isso, o art. 7º, inciso XXVI, da

Constituição da República assegura o direito ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Desse modo, aplica-se o art. 104 do Código Civil, ao prever que a validade do negócio jurídico requer: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Tendo em vista que um dos requisitos do negócio jurídico é o seu objeto ser lícito, os instrumentos coletivos negociados trabalhistas, inclusive quanto ao conteúdo, devem estar em conformidade com preceitos constitucionais e legais de ordem pública.

Confirmando o exposto, o art. 611-B da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, prevê que constituem *objeto ilícito* de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos direitos ali arrolados.

O *princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva*, portanto, não afasta a possibilidade de invalidação do acordo ou convenção coletiva pela Justiça do Trabalho, quando desrespeitados os seus requisitos formais e materiais de validade.

O art. 702, inciso I, alínea *f*, da CLT, acrescentada pela Lei 13.467/2017, dispõe que ao Pleno do Tribunal Superior do Trabalho compete estabelecer ou alterar *súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme*, pelo voto de pelo menos 2/3 de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, 2/3 das turmas em pelo menos 10 sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no

Diário Oficial.

As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência devem ser públicas, divulgadas com, no mínimo, 30 dias de antecedência, e devem possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 702, § 3º, da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017).

Passa a haver, portanto, *maior rigor* quanto aos requisitos exigidos para a aprovação e modificação de súmulas e outros enunciados da jurisprudência trabalhista.

O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho devem observar o disposto na alínea *f* do inciso I e no § 3º do art. 702 da CLT, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária (art. 702, § 4º, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017).

Por fim, deve-se salientar que os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT são revogados pela Lei 13.467/2017.

Os referidos dispositivos tratam dos deveres dos Tribunais Regionais do Trabalho de proceder, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, bem como de aplicar, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência.

Desse modo, o incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho deixa de existir expressamente, o que pode resultar

em certo descompasso com as diretrizes instituídas pelo CPC de 2015. Nesse enfoque, segundo o seu art. 926, os tribunais devem *uniformizar sua jurisprudência* e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Cabe, assim, acompanhar como os tribunais do trabalho irão interpretar e aplicar as novas determinações legais relativas à sua atividade jurisdicional e à consolidação de sua jurisprudência.

# ARBITRAGEM NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO DOS ALTOS EMPREGADOS

Antônio Álvares da Silva  
George Augusto Mendes e Silva

SUMÁRIO: 1. A Solução dos Conflitos Individuais do Trabalho pelos seus Próprios Protagonistas. 2. A Superação dos Argumentos Contrários à Arbitragem dos Conflitos Individuais Trabalhistas. 3. A Possibilidade de Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho dos Altos Empregados. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia.

## 1. A Solução dos Conflitos Individuais do Trabalho pelos seus Próprios Protagonistas

O Direito do Trabalho atual apresenta caráter expansionista, de forma a abranger não somente as normas oriundas das diversas fontes que lhe são comuns, mas a fixar novos pontos de interseção com o Direito Civil e demais ramos da Ciência do Direito.

Essa realidade se fez sentir especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que alargou a competência da Justiça do Trabalho para julgar todos os dissídios oriundos das relações de trabalho, ampliando o escopo

de sua atuação para além das fronteiras antes insistentemente delimitadas pelo vínculo de emprego e pelas normas que lhe são comuns.

Esta ampliação, fruto do deslocamento da competência das partes – empregado e empregador – para a natureza da relação jurídica que lhe serve de fundamento é uma grande conquista e uma positiva evolução para o Direito do Trabalho. Agora, não apenas os conflitos entre empregados e empregadores, mas aqueles que procedem da relação de trabalho, submetem-se a jurisdição do trabalho pelo artigo 114 da Constituição. Assim, o Direito do Trabalho brasileiro passa a fazer parte do nome, ou seja, tornou-se efetivamente um Direito do Trabalho e não da relação de emprego, que é um âmbito muito mais limitado e circunscrito. Resta agora à jurisprudência completar a vontade do legislador.

Naturalmente, esse entrecruzamento de normas de diferentes naturezas acaba por romper com conceitos clássicos da dogmática geral, reaproximando o Direito do Trabalho do

.....  
Antônio Álvares da Silva

Professor titular da Faculdade de Direito da UFMG.

George Augusto Mendes e Silva

Mestrando em Direito do Trabalho (UFMG). Especialista em Direito do Trabalho (Faculdade de Direito Milton Campos). Advogado no escritório Lima Netto, Carvalho, Abreu, Mayrink Sociedade de Advogados.

Direito Civil, criando Direito novo. Afinal, não são poucas as vezes em que a norma trabalhista estatal, escrita e sistemática, cede espaço à autonomia da vontade das partes, não somente no plano coletivo – as normas dos contratos individuais de trabalho são predominantemente negociadas em nível coletivo, pelos sindicatos –, mas também na negociação individual dos contratos de altos empregados, diretores, técnicos e especialistas, para os quais não há falta de vagas no mercado.

Com efeito, o Direito do Trabalho atual inclina-se à maior participação dos seus destinatários (empregados e empregadores) na sua formação. A par desse movimento, nota-se também o crescente interesse do cidadão trabalhador em participar da solução dos conflitos oriundos da sua relação de emprego, ao invés de relegá-la à burocracia do Estado:

[...] no plano do processo do trabalho, a desregulação de suas normas e a criação de órgãos extrajudiciais de conciliação, mediação e arbitragem vão flexionando a rigidez das normas estatais, para permitir soluções mais rápidas, mais baratas e, principalmente, mais eficazes e imediatas.

Observa-se, nas fontes do moderno Direito do Trabalho, um retorno ou volta à vontade dos agentes, principalmente no plano coletivo, para composição de seus interesses. A origem do fenômeno está na complexidade destas fontes e na impossibilidade de uma regulamentação exauriente por parte do legislador estatal. (ÁLVARES DA SILVA, 2002, p. 150)

Sob essa ótica, em compasso com a moderna tendência de descentralizar a solução de conflitos do sistema estatal – que, sendo

binário e formal, oferece opções insuficientes e limitadas –, parece-nos oportuna a utilização da arbitragem em conflitos individuais trabalhistas como alternativa ao processo judicial, cada vez mais moroso e ineficaz. Esta tendência é hoje universal e faz parte do princípio de que o cidadão se tornou parceiro do Estado para a solução de seus problemas. Tudo que a cidadania pode assumir e resolver é um passo à frente no aperfeiçoamento das democracias modernas. Não basta dizer que a democracia é um governo do povo, para o povo e pelo povo, segundo o famoso discurso de Abraham Lincoln, pronunciado em Gettysburg e universalmente conhecido. É preciso que o povo realmente assuma sua função na construtividade dos instrumentos que a lei e a Constituição colocam em suas mãos.

## **2. A Superação dos Argumentos Contrários à Arbitragem dos Conflitos Individuais Trabalhistas.**

À semelhança de outras leis (*e.g.*, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.245/91 e inúmeros artigos da Constituição da República), a Consolidação das Leis do Trabalho visa, em sua essência, à proteção do mais fraco. Não sem motivo, as suas normas são imperativas e incidem mesmo que o contrato celebrado entre as partes preveja de maneira diversa ou nada disponha a respeito. A imperatividade das normas significa que o Estado deseja mudança nos fatos sociais, sem possibilidade de atitudes alternativas dos destinatários da norma, em razão da predominância do interesse público.

No entanto, embora se admita a indisponibilidade de alguns núcleos mínimos de proteção jurídica conferidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, com o fito de compensar

a desigualdade econômica gerada pela posição histórica do empregado na sociedade capitalista, não são poucos os que advogam que tal proteção não constitui óbice intransponível à arbitragem, e que nem todos os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, sobretudo depois de findo o vínculo de emprego, quando boa parte desses direitos assumem feição puramente patrimonial.

Naturalmente, fosse mesmo pacífica a indisponibilidade de todos direitos correlatos à relação de emprego, não teríamos o incentivo à conciliação por parte da CLT (arts. 764, 831, 846 e 852-E), ou pela própria Justiça do Trabalho, mediante a promoção de semanas destinadas à realização de audiências conciliatórias. Do mesmo modo, também não observaríamos o incremento do número de transações ocorridas nos processos judiciais trabalhistas, boa parte delas com a quitação ampla e irrestrita dos direitos oriundos do extinto contrato de trabalho.

É preciso deixar claro que a irrenunciabilidade de direitos trabalhistas significa que não pode haver renúncia prévia a estes direitos, ou seja, as partes não podem excluir a relação de emprego quando ela de fato existe. Porém, ao final, quando há dispensa, podem surgir relações de fato duvidosas, para cuja solução a transação se torna um instrumento proveitoso e razoável. Seria um absurdo que, em tais casos, a conciliação não pudesse ser feita e, ao final, o reclamante perdesse a demanda. A proteção sairia pelo contrário.

A lei 9.307/96, art. 1º, dispõe: “[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. O empregado é capaz de contratar e os direitos trabalhistas, nas relações de emprego concretas, são

patrimoniais e disponíveis. Caso contrário, teríamos que anular todas as conciliações feitas anos a fio na Justiça do Trabalho.

Nem se diga que, em audiência, há a presença tutelar do Juiz do Trabalho. O fato é que, não havendo instrução, qualquer prognóstico é temerário sobre o resultado de qualquer ação e a conciliação se faz dentro de possibilidades concretas avaliadas na prova documental ou no interrogatório das partes, o que é insuficiente. Mas, entre a possibilidade da demora e a dúvida razoável sobre os direitos das partes, nada mais apropriado do que um acordo. E é isto que normalmente se faz.

Com efeito, se a transação de direitos oriundos da relação de emprego é perfeitamente possível perante o judiciário, não há razão para o impedimento da submissão de conflitos individuais do trabalho ao juízo arbitral sob a justificativa de que aqueles mesmos direitos seriam indisponíveis, imunes a qualquer tipo de transação.

Por fim, também não procede o argumento de que os empregados se veriam pressionados a firmarem cláusulas de compromisso arbitral e que os árbitros não estariam imbuídos da mesma isenção dos magistrados trabalhistas, atuando de forma a cancelar a derrogação de direitos conferidos legal e constitucionalmente aos trabalhadores. A isenção de árbitros envolve a própria honra profissional destes profissionais e, tanto aqui como em outros sistemas jurídicos, têm eles conduta correta, sem a qual não poderiam ter futuro em sua profissão.

Num primeiro momento, é preciso lembrar que o art. 18 da Lei nº 9.307/96 equipara o árbitro ao “Juiz de fato e de direito”, estando suas decisões sujeitas aos mesmos critérios de isenção e idoneidade do judiciário comum. Lado outro, resta claro que

a decisão do trabalhador, ao firmar cláusula de compromisso arbitral, deve estar isenta de qualquer vício de consentimento, sob pena de a arbitragem perder sua natureza de foro de eleição,<sup>[1]</sup> não se mostrando razoável o combate a um instituto jurídico com o argumento acerca da possibilidade de sua deturpação.

Na realidade, é público e notório que a morosidade da Justiça constitui importante fator de pressão para renúncia de direitos perante o processo judiciário. Por essa razão, não há justificativas para se negar ao empregado a possibilidade de, por intermédio de manifestação de vontade isenta de vício ou coação, optar por meios alternativos à Jurisdição do Estado, potencialmente mais céleres e eficientes.

Afinal, “[j]á é tempo de confiar na independência e maturidade do trabalhador brasileiro, mesmo nos mais humildes, principalmente quando sua vontade tem o reforço da atividade sindical, da negociação coletiva, do Ministério Público, que inclusive pode ser árbitro nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho – art. 83, XI, da LC 75/93” (MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho, 2009).

Além de tudo isto, os sindicatos podem ser convocados pelo reclamante, para aconselhamento e ajuda. É para este tipo de proteção que eles existem – art.8º, III, da CF.

### **3. A Possibilidade de Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho dos Altos Empregados**

Como argumentado em tópicos anteriores, parece-nos razoável admitir-se a aplicabilidade da solução arbitral para pacificação de quaisquer conflitos trabalhistas de índole individual, independentemente do

grau hierárquico que os empregados ocupam perante o empregador.

Fato é, no entanto, que a arbitragem nos dissídios individuais entre empregadores e empregados de alta hierarquia é ainda mais plausível, posto que os argumentos tradicionalmente levantados para o impedimento daquela modalidade de solução privada de conflitos mostraram-se mais rarefeitos nos casos desses vínculos especiais de emprego.

Em outras palavras, não é possível defender-se que *Chief Executive Officers (CEOs)*, *Chief Financial Officers (CFOs)* e diretores de uma forma geral, que detêm maior autonomia na negociação dos seus contratos de trabalho e recebem remunerações substancialmente maiores que a média,<sup>[2]</sup> gozam da mesma situação de hipossuficiência que a dos demais trabalhadores.

Por outro lado, é sabido que os contratos dos empregados de mais alto gabarito contemplam várias obrigações que mais se aproximam do Direito Civil que do que do Direito do Trabalho propriamente dito, como, por exemplo: os bônus de contratação, as cláusulas de permanência, as opções de compra de ações e as cláusulas de proibição de competição.

Nessa medida, nem sempre envolvendo matéria estritamente trabalhista ou direitos de natureza indisponível, os contratos de trabalho dos altos empregados poderiam ser submetidos à arbitragem (Lei nº 9.307/96, art. 1º), com consequente alívio para o Judiciário, tal como se observa na experiência norte-americana.<sup>[3]</sup> Acredita-se, por fim, que os custos porventura advindos do procedimento arbitral<sup>[4]</sup> tampouco impediriam a sua implementação, sendo factível pressupor-se que os executivos aceitariam incorrer em maiores gastos a fim

de uma resolução mais célere e eficiente de suas demandas trabalhistas, que geralmente envolvem enormes somas em dinheiro.

Daí porque, em reconhecimento à sua maior capacidade de negociar, de seu maior poder aquisitivo e da natureza dos direitos que lhe são conferidos, mostra-se acertado atribuir-se aos empregados que ocupam posições mais elevadas nas sociedades empresariais a opção por uma via alternativa de resolução de litígios oriundos das suas relações de trabalho.

### **3.1. Breve Reflexão sobre a Razão do Veto Presidencial ao § 4º do Artigo 4º do PLS nº 406/2013**

O PLS nº 406 de 2013, destinado à alteração da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), previa expressamente no § 4º do seu Artigo 4º a possibilidade da adoção da via arbitral para a solução de conflitos bilaterais entre empregadores e empregados, desde que estes últimos exercessem a função de administrador ou diretor estatutário:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

[...]

§4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

O referido parágrafo foi objeto de veto presidencial, sob a justificativa de que “o seu texto acabaria por realizar distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista”.

Todavia, as razões lançadas no veto presidencial, a exemplo dos demais argumentos contrários à aplicação da arbitragem aos conflitos oriundos das relações individuais de trabalho, suscitam a necessidade de um maior aprofundamento e debate por parte da doutrina e jurisprudência trabalhistas.

Inicialmente, vale esclarecer que a definição de um termo legislativo não se dá exclusivamente pela própria lei (interpretação autêntica), mas também pelo seu destinatário (ou aplicador). Desse modo, o fato de uma disposição normativa introduzir termo sem prévia definição técnica na legislação trabalhista não pode – e nem deve – importar no veto de seu texto.

A introdução de novos termos e a criação de novos institutos jurídicos são salutares ao desenvolvimento de um Direito do Trabalho que se pretende contemporâneo à realidade cada vez mais mutável dos trabalhadores brasileiros, cabendo, portanto, à comunidade jurtrabalhista um maior esforço na definição dos seus contornos.

Ao contrário do que deixam entrever as razões presidenciais, a concessão de diferentes prerrogativas a empregados naturalmente diferentes não encontra qualquer óbice na legislação pátria, sendo, ao revés, prestigiada na própria CLT, que relativiza direitos dos altos empregados quando (i) não tem por irregular o retorno do empregado ao antigo posto ocupado depois de destituído do cargo de confiança (CLT, art. 468, parágrafo único); (ii) excepciona o

pagamento de horas extras (CLT, art. 62, inciso II); e (iii) possibilita a transferência para outro local de serviço sem necessidade de anuência (CLT, art. 469, § 1º).

Naturalmente, a realidade do operariado comum não se confunde com a realidade dos altos empregados, que possuem posição privilegiada em face do empregador. Ocupantes de cargos de confiança estrita ou excepcional,<sup>[5]</sup> eles gozam de elevados poderes de gestão e atuam com maior liberdade de decisão, tendo maiores e melhores condições de negociar a sua contratação com seus empregadores.

A igualdade de que trata a Constituição da República no inciso XXXI do seu artigo 7º é a material e não a formal. O tratamento desigual de pessoas naturalmente desiguais por parte da legislação não somente é permitido, como é também desejável, uma vez que configura exigência tradicional do próprio conceito de Justiça. Nas palavras de Aristóteles (2007, p. 108-109), ao discorrer sobre justiça distributiva:

O justo [...] envolve no mínimo quatro termos, pois duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e também duas são as coisas em que se manifesta – os objetos distribuídos. E a mesma igualdade será observada entre as pessoas e entre as coisas envolvidas, pois do mesmo modo que as últimas (as coisas envolvidas) são relacionadas entre si, as primeiras também o são. Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isto é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais).

Portanto, se “a grande missão do moderno Direito do Trabalho é sistematizar os

diferentes modelos, dar-lhes contorno jurídico adequado e atribuir-lhes direitos e deveres peculiares à sua natureza predominante” (ÁLVARES DA SILVA, 2002, p. 148), parece certa a necessidade de se repensar a legislação trabalhista em vigor, de forma a assegurar ao alto empregado a opção por meios mais céleres, rápidos e eficientes de solução do conflito do que a jurisdição do Estado.

### **3.2. A Reforma Trabalhista e a Possibilidade de Pactuação de Cláusula Compromissória de Arbitragem**

O PL nº 6.787-B de 2016, destinado à alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e cuja redação final foi recém aprovada na Câmara dos Deputados e aguarda apreciação pelo Senado Federal, estabelece em seu artigo 507-A a possibilidade de pactuação de cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos casos de contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.



Embora referido artigo não faça expressa menção aos altos empregados, é nítida a tentativa de se atribuir maior autonomia aos empregados que recebem remuneração mais elevada, daí se deduzindo a presunção do legislador de que o empregado melhor remunerado possui, em princípio, maior discernimento na fixação das regras individuais que irão disciplinar o seu contrato de trabalho, em especial aquelas destinadas à solução das lides surgidas no contexto laboral.

Ainda deve ser salientado que a arbitragem, enquanto instrumento de solução de litígios, não está sujeita a considerações de valores nem a condições pessoais do empregado – emprego fiduciário, cargo de confiança. A arbitragem é meio eficiente de solução de litígios entre empregados e empregadores, sem qualquer outra qualificação das partes.

Sem perder de vista as possíveis críticas ao projeto de lei acima mencionado, comumente denominado de Reforma Trabalhista, é razoável concluir que, ao menos em relação à redação do artigo 507-A, andou bem o legislador, uma vez que a tentativa, ainda que de maneira tímida, de se atribuir maior autonomia ao empregado na solução das disputas oriundas da sua relação de trabalho pode significar importante instrumento para o esvaziamento do judiciário trabalhista, cada vez mais congestionado.<sup>[6]</sup>

Por suposto, não parece adequado impedir que o empregado, por intermédio de manifestação de vontade isenta de vício ou coação, opte por meios outros de solução do conflito diversos da jurisdição do Estado, sobretudo nos casos de trabalhadores com remuneração mais expressiva, como os altos empregados.

#### 4. Considerações Finais

O instituto da arbitragem já se encontra inserido no Direito brasileiro e sua aplicação às contendas surgidas no contexto laboral encontra guarida não somente no art. 1º da Lei de Arbitragem - Lei nº 9.930/96, mas também no art. 7º da Lei de Greve - Lei nº 7.783/89, no inciso II do art. 4º da Lei de Participação nos Lucros - Lei nº 10.101/00 e na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ratificada pelo Decreto nº 4.311/02. Lembre-se ainda do art. 114, §§ 1º e 2º da CF.

A relutância em admitir a arbitragem em conflitos individuais de trabalho é uma prevenção injustificada que merece urgente revisão, sobretudo no caso dos altos empregados, que detêm maior autonomia na negociação dos seus contratos de trabalho e recebem remunerações substancialmente maiores que a média, não gozando da mesma situação de hipossuficiência que a dos demais trabalhadores.

Se referido empregado opta livre e soberanamente pela solução arbitral, não se há de impedir esta escolha, principalmente quando se sabe que a solução judicial pode demorar anos, submetendo o crédito do emprego a evidentes desgastes, pois são notórias as insuficiências corretivas dos mecanismos legais.

Queiramos ou não, a arbitragem continuará a seguir seu caminho vitorioso, até impor-se como substituta do Judiciário, que ficará relegado a controvérsias grandes e complexas, nas quais são partes pessoas ou instituições de alto poder econômico, para as quais a demora da sentença final não tem significado maior.

## 5. Bibliografia

ARCOVERDE, Letícia. **Salários altos e cultura fraca prejudicam aprovação de CEOs**, agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/carreira/4692421/salarios-altos-e-cultura-fraca-prejudicam-aprovacao-de-ceos>>. Acesso em: 18/05/2017.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo: AIRR 254740-37.2002.5.02.0077. Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho. **DJ**: 08/02/2008.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. A solução dos conflitos individuais trabalhistas pela arbitragem. **Jornal da magistratura & trabalho**. Ano XII. n. 49, abril/maio, 2003.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990.

HAZAN, Helen Ferraz; DE PAULA, Adriano Perácio. **Da arbitragem nas relações de trabalho**

**e de consumo**. Belo Horizonte: RTM, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial**. Revista do TST, Brasília, vol. 68, nº 1, jan/mar, 2002.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho. Processo: RO 00259-2008-075-03-00-2. Rel. Des. Antônio Alvares da Silva. **DJMG**: 31/01/2009.

PORTAL R7. **Brasil é recordista mundial em ações trabalhistas**, abril de 2017. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/domingo-espetacular/videos/brasil-e-recordista-mundial-em-acoes-trabalhistas-30042017>>. Acesso em: 18/05/2017.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Da legitimidade do empregado e do empregador na solução de seus conflitos**. Revista do TST, Brasília, vol. 68, nº 3, jul/dez, 2002.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Arbitragem nos conflitos coletivos de trabalho. **Revista de direito do trabalho**. Vol. 101, p. 151, jan. 2001.

VIDAL, Gustavo. Comentários ao veto presidencial que admitia a arbitragem no Direito do Trabalho para administrador e diretor estatutário (§ 4º do Projeto de Lei do Senado nº 406/2013). **Revista brasileira de arbitragem**. Ano XIII, n. 51, Julho-Agosto-Setembro de 2016.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed., São

Paulo: LTr, 2005.

<sup>[1]</sup> ARBITRAGEM POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS HIPÓTESE FÁTICA DE PRESSÃO PARA RECURSO AO JUÍZO ARBITRAL INTERPRETAÇÃO DA LEI 9.307/96 À LUZ DOS FATOS SÚMULAS 126 E 221 DO TST. 1. A arbitragem (Lei 9.307/96) é passível de utilização para solução dos conflitos trabalhistas, constituindo, com as comissões de conciliação prévia (CLT, arts. 625-A a 625-H), meios alternativos de composição de conflitos, que desafogam o Judiciário e podem proporcionar soluções mais satisfatórias do que as impostas pelo Estado-juiz. 2. *In casu*, o Regional afastou a quitação do extinto contrato de trabalho por laudo arbitral, reputando-o fruto de pressão para o recurso à arbitragem. 3. Nessas condições, **a decisão regional não viola os arts. 1º da Lei 9.307/96 e 840 do CC, uma vez que, diante da premissa fática do vício de consentimento (indiscutível em sede de recurso de revista, a teor da Súmula 126 do TST), a arbitragem perdeu sua natureza de foro de eleição**. Portanto, a revista, no particular, encontrava óbice na Súmula 221 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2008, grifo nosso)

<sup>[2]</sup> Segundo artigo publicado no jornal Valor Econômico, “[e]m média, um CEO ganha 204 vezes o salário de um trabalhador médio da empresa” (ARCOVERDE, 2016).

<sup>[3]</sup> A respeito, Regina Maria Vasconcelos Dubugras dá notícia de que “a arbitragem é o meio de solução de conflitos individuais de trabalho entre empregados membros das *unions* e empregadores, mais praticado nos Estados Unidos” (DUBUGRAS, 2003, p. 8).

<sup>[4]</sup> Antônio Alvares da ÁLVARES DA SILVA

(2003, p. 24), por sua vez, aponta que “[n]ão há como se esperar que um empregado dispensado, que ganhe um salário mínimo ou um cidadão comum que tenha um problema com o cumprimento de um contrato procurem um árbitro para solução do litígio”, sugerindo a criação de “órgãos intermediários que instruem e julguem rápido como a arbitragem, mas que sejam patrocinados pelo Estado, pois o cidadão simples não tem condições de arcar com os ônus das soluções particulares”.

<sup>[5]</sup> Alice Monteiro de Barros (2010, p. 273) dispõe que a legislação trabalhista fornece importantes, e progressivos, graus de confiança, assim distinguidos pela doutrina: confiança genérica, presente em todos os contratos de trabalho, que exigem o mínimo de fidedignidade; confiança específica, pertinente aos empregados do setor bancário cuja função é enquadrada no tipo previsto no artigo 224 da Consolidação das Leis do Trabalho; confiança estrita, para os cargos de diretoria, gerência e outros de confiança imediata do empregador (CLT, art. 499); e confiança excepcional, na qual se enquadra o gerente (CLT, art. 62, II).

<sup>[6]</sup> Segundo notícia veiculada no Portal R7, “[s]ó em 2016, foram registradas mais de três milhões de novas ações, um número 50 vezes maior que a média mundial” (PORTAL R7, 2017).

Publicação original na “Revista da LTr. Ano 81, nº 7. São Paulo: LTr, Julho de 2017.”

# O NOVO REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO NO BRASIL

Raphael Miziara

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Conceito e elementos caracterizadores do teletrabalho. 3 Formalidades contratuais. 4 Alterações do contrato de trabalho. 5 Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto. 6 A duração do trabalho 7 Meio ambiente do trabalho do teletrabalhador 8 Considerações finais

## Resumo

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, intitulada de Reforma Trabalhista, além de vários outros aspectos ligados às relações laborais e ao processo do trabalho, estabeleceu de forma inédita no Brasil as bases legais para o teletrabalho, espécie de trabalho a distância.

Em que pese a insuficiência normativa trazida pela novel legislação, pode-se afirmar que a Lei trouxe maior segurança jurídica e previsibilidade quanto ao tema. Por certo, lacunas existem, mas, a Lei posta precisa ser interpretada pragmaticamente para que o intérprete possa desvelar seu verdadeiro

sentido e alcance.

Nesse desiderato, o presente trabalho procura traçar linhas interpretativas relacionadas aos temas objetos de regulação normativa, dentre os quais podem-se destacar os elementos caracterizadores do teletrabalho, suas formalidades contratuais, a questão a alteração do contrato de trabalho, a responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto e, por fim, os aspectos relacionados à duração do trabalho e do meio ambiente do trabalho do teletrabalhador.

## Astratto

La Legge nº 13.467, del 13 luglio 2017 – Rifoma del lavoro –, e vari altri aspetti relativi ai rapporti di lavoro e il processo di lavoro, ambientato in un modo senza precedenti in Brasile la base giuridica per il telelavoro, tipo di telelavoro .

Nonostante le regole di guasto portati dalla normativa romano, si può dire che la legge ha portato una maggiore certezza del diritto e la prevedibilità per quanto riguarda il soggetto.



Raphael Miziara

Advogado. Mestrando em direito do trabalho e das relações sociais pela UDF. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito, bem como em cursos preparatórios para concursos públicos. Autor de livros e artigos na área juslaboral.

Certo, ci sono lacune, ma per mettere la legge deve essere interpretato in modo pragmatico in modo che l'interprete può rivelare il suo vero significato e la portata.

In questo scopo, questo documento cerca di tracciare le interpretazioni sono legati a oggetti questioni di regolamentazione normativa, tra i quali possiamo evidenziare i tratti caratteristici del telelavoro, le sue formalità contrattuali, la questione di cambiare il contratto di lavoro, la responsabilità per gli oneri di urbanizzazione distanza di lavoro e, infine, aspetti relativi al tempo di lavoro e l'ambiente di lavoro ambiente telecommuter.

**Palavras-chave:** Teletrabalho – Regulamentação no Brasil – Reforma Trabalhista.

**Parole-Chiavi:** Telelavoro – Regolamento in Brasile – Riforma del lavoro.

## 1 Introdução

No dia 11 de novembro de 2017 entrará em vigor a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) que, dentre outros significantes aspectos, inclui no Título II da CLT (Das normas gerais de tutela do trabalho) o Capítulo II-A, para consagrar o regime jurídico do teletrabalho no Brasil.

Com isso, após decorrido o período de vacância legal (cento e vinte dias da publicação oficial), a prestação de serviços em regime de teletrabalho no país deverá observar o disposto no Capítulo II-A da CLT, conforme disposição expressa constante do artigo 75-A da CLT.

Nesse cenário, este escrito pretende fazer a análise do texto legal com o desiderato de

trazer à lume o verdadeiro sentido e alcance por detrás das linhas postas pelo legislador.

Inicialmente, enfrentar-se-á o conceito de teletrabalho no país, bem como seus elementos caracterizadores. Em prosseguimento, far-se-á a análise dos requisitos formais do contrato de teletrabalho, bem como das possibilidades de alteração do pactuado no curso do contrato.

Em prosseguimento, o presente trabalho enfrentará a questão da responsabilidade pelas despesas de instalação e manutenção dos equipamentos necessários ao desenvolvimento do trabalho, bem como dos aspectos atinentes ao meio ambiente do trabalho e da duração do trabalho do teletrabalhador.

## 2 Conceito e elementos caracterizadores do teletrabalho

A Lei nº 13.467 de 2017 traz o conceito de teletrabalho no *caput* do art. 75-B. Segundo a novel legislação, considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (art. 75-B, da CLT).

Do dispositivo legal extraem-se pelo menos dois elementos caracterizadores do teletrabalho sem os quais fica afastado o enquadramento legal da situação fática, quais sejam, *(i)* que a prestação de serviços ocorra *preponderantemente* fora das dependências do empregador; e *(ii)* que a utilização das tecnologias de informação e de comunicação não constitua a relação como trabalho externo.

Com efeito, a Lei faz distinção entre o trabalhador externo e o teletrabalhador. Ambos

são trabalhadores à distância<sup>1</sup>, mas, o externo, como o próprio nome indica, é o que trabalha externamente e geralmente não possui um local fixo para exercer suas atividades. Como exemplo pode-se mencionar o vendedor externo, o motorista, o trocador, os ajudantes de viagem, dentre outros.<sup>2</sup>

Por sua vez, o teletrabalhador geralmente possui um local fixo para exercer suas atividades. Pode ser, por exemplo, uma cafeteria, uma *lan house*, seu próprio domicílio, dentre outros locais. Assim, exercem suas atividades, na maior parte do tempo – *preponderantemente* –, fora das dependências do empregador, mas sem a necessidade de se locomover para o exercício de suas atribuições, como ocorre com os trabalhadores externos.

O que importa é que o tempo preponderante (na maior parte do tempo)

de trabalho ocorra fora das dependências do empregador. Se isso não ocorrer, restará descaracterizado o regime de teletrabalho, com a inclusão do trabalhador no capítulo de duração do trabalho.

Igualmente, existem também diferenças entre o teletrabalho e o trabalho a domicílio, entendido como “*o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere*” (art. 83 da CLT).

Como se vê, ambos são trabalho à distância e nisso se assemelham, mas, existe uma peculiaridade que os diferencia. Especificamente quanto ao teletrabalho, o labor é feito com a utilização de meios tecnológicos e eletrônicos.<sup>3</sup>

Vale registrar que o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho, conforme previsto no parágrafo único do art. 75-B.

Fato é que a presença esporádica do empregado no estabelecimento empresarial para reuniões, *meetings* ou qualquer outra atividade específica, o que é absolutamente comum, não é fator que enseja a descaracterização do teletrabalho.

Interessante notar que a previsão da Reforma se assemelha muito com a definição de teletrabalho do Código do Trabalho Português, segundo o qual considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação

1 Na OIT, o tema teletrabalho, admitido como espécie do gênero “trabalho à distância”, é normatizado pela Convenção 177, de 1996 (não ratificada pelo Brasil), sobre trabalho a domicílio e pela Recomendação 184. Em linhas gerais, segundo Túlio de Oliveira Massoni, as diretrizes desta Convenção são as seguintes: “- a expressão ‘trabalho a domicílio’ significa o trabalho realizado no próprio domicílio do trabalhador, ou em outro local, em troca de remuneração, com o fim de elaborar produto ou serviço conforme especificações do empregador, independentemente de quem proporcione os equipamentos e materiais utilizados para a prestação (art. 1º); - deve haver igualdade de tratamento com os outros empregados com respeito à remuneração, aos direitos previdenciários, idade mínima de admissão e proteção à maternidade (art. 4º); - quando for permitida a terceirização no trabalho a domicílio as responsabilidades dos tomadores de serviços e intermediadores serão fixadas conforme a legislação e jurisprudência nacionais do país (art. 8º)” (MASSONI, Túlio de Oliveira. *Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho*. Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2011, 11h36. Acesso em: 16.07.2017).

2 MELO, Geraldo Magela. *O teletrabalho na nova CLT*. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>

3 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão*. Revista Consultor Jurídico, 15 de junho de 2016.

jurídica, *habitualmente* fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação (art. 165).

Portanto, pode-se afirmar que, no Brasil, o teletrabalho possui as seguintes características: *a)* prestação de serviços preponderantemente (mais da metade do tempo) fora das dependências do empregador; *b)* utilização de tecnologias de informação e de comunicação; *c)* exercício de suas atribuições deve se dar sem necessidade de constante locomoção, sob pena de configurar-se como trabalhador externo.

### 3 Formalidades contratuais

A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado (art. 75-C, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017).

Com isso, pode-se afirmar que o contrato de trabalho do teletrabalhador somente poderá ser ajustado por escrito, pois o dispositivo fala que a condição de teletrabalhador deverá “constar expressamente” e, ainda, “especificar as atividades”.

Não se nega que o contrato verbal também pode ser expresso e especificar as atividades que serão realizadas. No entanto, aqui parece que a intenção do legislador foi a de exigir contrato escrito nesse sentido. Ademais, o § 1º fala em “aditivo” contratual, o que é mais utilizado para contratos escritos.

Outrossim, o contrato individual de trabalho do teletrabalhador deve trazer em seu bojo a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado. Especificar um serviço é enumerar, discriminar e pormenorizar

as tarefas atinentes a função, de modo a que o trabalhador não tenha nenhuma dúvida de quais tarefas ele desempenhará em favor do empregador.

A finalidade da Lei, ao mencionar que os serviços devem ser especificados, foi evitar a utilização indiscriminada dos trabalhadores em atividades genéricas. É preciso especificar a exata dimensão das tarefas a serem desempenhadas.

Se qualquer das formalidades for descumprida restará descaracterizado o regime de teletrabalho com a consequente inclusão do trabalhador na disciplina normal de duração do trabalho.

### 4 Alterações do contrato de trabalho.

No tocante à alteração do contrato de trabalho o art. 75-C, § 1º, da CLT afirma que poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

De outro flanco, nos termos do § 2º do mesmo artigo, poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Como se nota, exige-se o mútuo acordo entre as partes apenas para a situação na qual a alteração disser respeito ao trabalho originariamente prestado em regime presencial. Já a situação inversa – teletrabalho para presencial – será efetivada mera determinação do empregador, independentemente da aquiescência do empregado.

No segundo caso, embora não se exija o acordo de vontade, garante-se ao empregado um prazo de transição mínimo de quinze dias, de modo que a mudança não poderá ocorrer de forma abrupta.

Em ambas as hipóteses se exige o correspondente registro da alteração em aditivo contratual.

## 5 Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto.

Especificamente sobre as despesas com aquisição ou manutenção dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária ao trabalho, assim dispõe o caput artigo 75-D da CLT, com a redação dada pela reforma:

*Artigo 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.*

As primeiras vozes que se propuseram a comentar o artigo 75-D da CLT afirmaram que, com a reforma, empregador poderá transferir ao empregado o custo da manutenção do seu local de trabalho (energia elétrica, mobiliário, equipamentos eletrônicos da residência do trabalhador)<sup>4</sup>. No entanto, essa não parece ser a correta ou melhor interpretação. Não é essa a norma por detrás do texto legal, como adiante

se demonstrará.

Com efeito, o *caput* do dispositivo diz que **“as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”**.

O que se extrai do texto é que, obrigatoriamente, as disposições relativas ao reembolso deverão estar previstas em contrato escrito. Para chegar a essa conclusão, basta que se faça um corte textual com as palavras em destaque: **“as disposições relativas ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”**.

Ora, está expresso no texto que o contrato deverá prever a forma como o reembolso das despesas será efetivado. Por consectário lógico, obviamente, essas mesmas despesas deverão sempre ser reembolsadas, por imperativo legal.

Em verdade, o que o contrato deverá prever são quais serão as regras no tocante a responsabilidade pela aquisição (quem vai ser o responsável por comprar, se o empregador ou o empregado), manutenção (o empregado ou o empregador dará a devida manutenção nos equipamentos) ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos (do mesmo modo, quem irá fornecer, empregado ou empregador) e, por fim, da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto.

Fato é que, se a compra for efetivada pelo empregado, obrigatoriamente o reembolso deverá ocorrer na forma prevista no contrato (prazo para reembolso, forma de reembolso etc.). No entanto, há pelo menos uma hipótese na qual o empregado, ao fim e ao cabo, custeará

4 VALÉRIO, Juliana Herek. *Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos*. Jota: 26 de Abril de 2017 – 09h34. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>



parte dos equipamentos e infraestrutura, qual seja, quando aquelas despesas já forem despesas ordinárias do cotidiano do empregado.

Por exemplo, se ele já for o dono do computador e já arcar com os custos de internet. Trata-se de despesa ordinária do empregado. Do mesmo modo, se o empregado ordinariamente já possui a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto ele não deverá ser reembolsado por nada, pois se trata de despesa ordinária. Essa mesma lógica já vinha sendo seguida por alguns ministros do TST no tocante às despesas com lavagem de uniforme.<sup>5</sup>

Pode-se, inclusive, falar-se em aplicação analógica do art. 456-A, parágrafo único, da CLT, pelo qual a higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, *salvo*

*nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum.*

Logo, se o empregador exigir uma máquina especial ou uma conexão mais potente ou, até mesmo, outros custos com a infraestrutura como condição necessária ao trabalho, deverá arcar com os custos correspondentes. Por exemplo, se o empregado possui um computador que, depois de contratado, se revelar insuficiente para as funções (lentidão excessiva, baixa memória, etc.), caso o empregador exija nova máquina, devesse custeá-la, exatamente por se tratar de despesa extraordinária.

Da mesma forma, exigências empresariais quanto a determinadas especificações de infraestrutura (como velocidade de internet) deverão ser por ela custeadas, caso ultrapasse o ordinário para aquela determinada região.

Portanto, a existência de qualquer gasto extraordinário com equipamentos tecnológicos, infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto e com despesas arcadas pelo empregado que ultrapasse o limite da despesa ordinária, deverá ser reembolsada. Mas, uma vez inexistentes prejuízos com gastos extraordinários, não há que se falar em indenização, tampouco em transferência dos riscos do empreendimento ao empregado.

Outros infundáveis questionamentos podem surgir quanto ao tema. Imagine-se a hipótese na qual ocorra o “desgaste” na vida útil dos equipamentos tecnológicos e dos objetos que compõe a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto. Nesse caso, indaga-se: faz jus o empregado ao ressarcimento material correspondente? A melhor interpretação parece ser aquela que

5 *“Ordinariamente, a higienização do próprio uniforme não implica cuidados especiais e isso não obriga o obreiro a realizar despesas além daquelas que usualmente realizaria para o asseio de suas próprias peças de vestuário, o que afasta a alegação de transferência dos riscos do empreendimento ao trabalhador. Nessa diretriz, a indenização pelas despesas na lavagem do uniforme somente será devida quando o trabalho executado pelo empregado exigir o uso de roupas impecavelmente higienizadas, que demandam uma lavagem especial, situação na qual são ultrapassados os gastos que teriam com a lavagem de roupas normais. Por fim, a tarefa de lavagem de uniformes, aí incluído o tempo de dedicação e os gastos inerentes, não é de responsabilidade do empregador, mas do próprio empregado, como um verdadeiro dever de colaboração decorrente da sua boa fé no contrato de trabalho (art. 422, CC)”. Esses foram os argumentos colacionados nos votos vencidos dos Ministros Guilherme Caputo Bastos, relator, Ives Gandra Martins Filho, Márcio Eurico Vitral Amaro e Cláudio Mascarenhas Brandão, que davam provimento aos embargos para julgar improcedente o pedido de ressarcimento das despesas com a lavagem do fardamento, ao fundamento de que a higienização ordinária de uniformes não causa prejuízo indenizável, nem transfere os riscos do empreendimento ao empregado. (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015).*

admite a indenização somente em hipóteses excepcionais, no qual o desgaste se deu muito além do razoavelmente esperado. Fora disso, não há que se falar em prejuízo indenizável.

Igualmente, não se pode descartar a possibilidade, bastante comum, de a região onde o empregado reside não ser atendida por provedor nas especificações exigidas pelo empregador (por exemplo, se o provedor local somente oferece internet com velocidade reduzida). Nesses casos, não pode ser o futuro emprego instado a custear qualquer equipamento ou despesa a maior para atender aos anseios do empresariado.

Ademais, é bom que se advirta, se eventualmente houver interrupção do trabalho remoto por motivos totalmente alheios a conduta do empregado e, por consequência, alguma tarefa deixar de ser cumprida, não pode ele ser penalizado por isso. Trata-se, pois de risco do empreendimento.

Pensar de forma diferente é subverter a lógica de todo o direito do trabalho e solapar o princípio da alteridade, mediante o qual o trabalho se dá por conta alheia e os riscos do empreendimento ficam por conta do detentor do capital.

Por fim, ante à ausência do caráter retributivo, as utilidades mencionadas no caput do art. 75-D não integram a remuneração do empregado, pois são fornecidas *para* o trabalho e não *pelo* o trabalho.

A propósito, o C. Tribunal Superior do Trabalho já decidia que havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefonemas, gastos com informática e similares, no contexto efetivo do *home office*, não têm tais pagamentos natureza salarial,

mas meramente instrumental e indenizatória. Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou de modo parcial, de equipamentos para a consecução do *home office* obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário *in natura*, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais. (AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, Data de Julgamento: 07/04/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/04/2010).

## 6 A duração do trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho costumava enquadrar a figura do teletrabalhador no inciso I do art. 62 da CLT, ou seja, hipótese na qual os empregados exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Com efeito, o TST já decidiu que não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT) (TST-AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/04/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/04/2010).

Agora, por expressa disposição legal (art. 62, III, da CLT) os empregados em teletrabalho estão excluídos do regime de duração do trabalho. Estabelece a CLT que os empregados em regime de teletrabalho não são abrangidos pelo regime previsto no capítulo “da duração do trabalho”, razão pela qual não farão jus, por exemplo, ao recebimento de horas extras.

Mas, se os teletrabalhadores sofrerem vigilância dos períodos de conexão, controle de *login* e *logout*, localização física, pausas ou ligações ininterruptas para saber o andamento dos trabalhos, especialmente se de forma periódica, estarão, inevitavelmente, enquadrados na disposição do art. 7º da CR/88 e no art. 6º, parágrafo único da CLT e terão direito à proteção da jornada, inclusive eventuais horas extras.<sup>6</sup>

Logo, em que pese a disposição legal, se houver efetivo controle de horário do teletrabalhador, por exemplo, por meio de controle de ponto *on line*, exsurgerà a possibilidade de enquadramento no capítulo da duração do trabalho. Isso porque o labor no sistema de *home office* não é totalmente incompatível com o controle da jornada de trabalho. A propósito, o próprio artigo 62 é de duvidosa constitucionalidade.

## 7 Meio ambiente do trabalho do teletrabalhador

A CLT impõe o dever patronal de instruir os empregados acerca de prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Esses comandos já estavam insertos, com as mesmas ideias e objetivos, nos artigos 157 e 158 da CLT.<sup>7</sup>

6 MELO, Geraldo Magela. *O teletrabalho na nova CLT*. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>

7 **Art. 157** - Cabe às empresas: I - cumprir e

Ainda, pela Reforma, o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Não obstante, diante da alegação de acidente de trabalho ou doença ocupacional, o simples fato de o empregado ter assinado termo de responsabilidade não eximirá a empresa de indenizar eventuais danos causados, caso seja evidenciada sua conduta culposa ou dolosa.

Apesar do termo de responsabilidade, o empregador tem o dever de fiscalizar, respeitada a inviolabilidade de domicílio, a ergonomia do trabalho e o meio ambiente laboral como um todo.

Questão que suscitará controvérsia diz respeito à fiscalização do local de trabalho do teletrabalhador, mormente em se tratando de seu domicílio. Sobre o tema, o intérprete poderá se socorrer das disposições do Direito do Trabalho português (art. 8º, da CLT), que se encontra em estágio bem avançado na normatização da matéria.

Em relação a essa fiscalização, dispõe que sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, as visitas ao local

.....  
fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

**Art. 158** - Cabe aos empregados: I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. *Parágrafo único* - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

de trabalho só devem ter por objeto o controle da atividade laboral daquele, bem como dos respectivos equipamentos. Tais visitas apenas podem ser efetuadas entre 9 e 19 horas, com assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada (art. 237 do Código de Trabalho português).

## 8 Considerações finais

A prestação de serviços à distância, na modalidade teletrabalho, encontrou acomodação normativa com a Reforma Trabalhista, de modo que se pode falar, pelo menos, em um mínimo de segurança jurídica em torno do tema. Não obstante, o nobre intuito do legislador perdeu-se em meio a uma miríade de omissões que, por certo, poderiam ter sido tratadas com mais vagar, caso o Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 13.467/2017 tivesse sido fruto de um melhor amadurecimento e debate.

Demonstrou-se, após a análise do texto legal, os elementos que caracterizam o regime de teletrabalho, quais sejam, *a)* prestação de serviços preponderantemente (mais da metade do tempo) fora das dependências do empregador; *b)* utilização de tecnologias de informação e de comunicação; *c)* exercício de suas atribuições deve se dar sem necessidade de constante locomoção, sob pena de configurar-se como trabalhador externo.

Ainda, evidenciou-se as formalidades contratuais necessárias à higidez da avença e cujo desrespeito acarreta, *ipso facto*, a descaracterização do teletrabalho e o enquadramento do trabalhador no regime geral de duração do trabalho.

Em seguida, demonstrou-se as principais

hipóteses de alteração contratual no regime em referência, bem como seus requisitos de validade e a necessidade ou não de anuência do empregado, a depender da modalidade de alteração.

No tocante à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, concluiu-se que tudo isso deverá estar previsto em contrato, bem como, indispensavelmente, o modo como todas essas despesas serão reembolsadas ao empregado, caso se trate de despesas extraordinárias por este custeadas.

Sobre a duração do trabalho e o enquadramento do teletrabalhador no inciso III do art. 62, concluiu-se que em que pese a disposição legal, se houver efetivo controle de horário do teletrabalhador exurgirá a possibilidade de enquadramento no capítulo da duração do trabalho, como as consequências daí advindas.

Por fim, quanto ao meio ambiente do trabalho do teletrabalhador, o empregador deverá entrar em entendimento com o empregado, pois a fiscalização do meio ambiente laboral é obrigatória. Logo, apesar do termo de responsabilidade, o empregador tem o dever de fiscalizar, respeitada a inviolabilidade de domicílio, a ergonomia do trabalho e o meio ambiente laboral como um todo, sob pena de incorrer em dolo ou culpa.

Conclui-se, assim, como Américo Plá Rodrigues, em seu *Princípios de Direito do Trabalho*, e deseja-se que o estudo realizado seja não como um fruto, mas como uma semente, cujo mérito principal é sua fecundidade, para o despertar de novos debates.

## 9 Referências bibliográficas

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão*. Revista Consultor Jurídico, 15 de junho de 2016.

MASSONI, Túlio de Oliveira. *Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho*. Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2011, 11h36. Acesso em: 16/07/2017.

MELO, Geraldo Magela. *O teletrabalho na nova CLT*. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>

MIZIARA, Raphael. *Reforma não permite que empresa transfira custos de home office ao trabalhador*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-25/raphael-miziara-reforma-nao-livra-empregador-custos-teletrabalho>> Publicado em: 25 de julho de 2017, 6h32. Acesso em: 25/08/2017.

VALÉRIO, Juliana Herek. *Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos*. Jota: 26 de Abril de 2017 – 09h34. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>

# TELETRABALHO: A REFORMA TRABALHISTA EM CONTRAPONTO COM AS PERSPECTIVAS EUROPEIA E ITALIANA

Ricardo Betiatto

## 1. INTRODUÇÃO

Dentre as tantas alterações trazidas pela nomeada “Reforma Trabalhista” - Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 -, uma delas se refere ao “teletrabalho”, presente na referida lei no TÍTULO II, CAPÍTULO II-A, artigos 75-A a 75-E. Em que pese já haver na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a possibilidade de trabalho no domicílio do empregado, além da Lei nº 12.551 de 2011 modificar a CLT para ampliar o rol deste artigo e incluir o trabalho “realizado a distância” e fazer referência aos meios informatizados para controle e supervisão, a redação da nova lei trouxe um título específico para tratar do tema, ampliando a normatização em relação a esta modalidade de trabalho.

À parte da discussão dos benefícios e malefícios trazidos pela chamada reforma trabalhista – cuja alcunha mais apropriada seria a de reforma “patronal”, caso se prefira utilizar o pressuposto que a norteou -, o título que trata do trabalho fora das dependências

do empregador traz à regulamentação da seara trabalhista uma tendência inexorável e uma flexibilização na forma de como se presta o serviço em prol do empregador, cuja utilização já se mostra fortemente presente em outras regiões do globo, como é o caso do continente europeu<sup>1</sup>.

Em relatório intitulado “Work–life balance and flexible working arrangements in the European Union” de julho de 2017, a entidade Eurofound<sup>2</sup>, ligada à União Europeia,

1 A União Europeia, já em 2002, fechou um acordo para estabelecer as condições dos trabalhadores em teletrabalho, que, na época, giravam em torno de 4,5 milhões dentro do continente. **Telelavoro: secondo la Commissione il nuovo accordo costituisce una buona notizia per i lavoratori e per le imprese.** Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-1057\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1057_it.htm). Acessado em: 30/08/2017.

2 “The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound) is a tripartite European Union Agency, whose role is to provide knowledge in the area of social, employment and work-related policies. Eurofound was established in 1975 by Council Regulation (EEC) No. 1365/75 to contribute to the planning and design of better living



Ricardo Betiatto

Formado em Publicidade e Propaganda pela Universidade Federal do Paraná. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

fez uma análise da situação da força de trabalho na comunidade europeia, com vistas à contribuir com os países para a busca de um melhor equilíbrio entre o binômio trabalho-vida.

Segundo o relatório, ainda há países em que os trabalhadores que realizam teletrabalho estão aquém das nações em que tal modalidade de trabalho está mais consolidada. Enquanto países como Dinamarca (cerca de 8% são teletrabalhadores regulares, chegando-se ao patamar próximo a 40% se somados os teletrabalhadores ocasionais mais os chamados com alta mobilidade, ou seja, aqueles sem lugar fixo para trabalhar) e Reino Unido (chegando próximo de 27% se somadas as três categorias) exibem alta porcentagem de trabalhadores laborando de forma remota, outros países como Portugal (pouco acima de 10%, somado-se as três categorias) e a própria Itália, que se apresenta em último no ranking (somando nas três categorias não mais que 7% de teletrabalhadores), têm baixas taxas de trabalho à distância.<sup>3</sup>

Ante a situação que se encontra perante os demais países, a Itália, em maio de 2017, com o intuito de fomentar tal sistema de trabalho e diminuir a distância com as demais nações europeias, editou a Lei nº 81 (Legge 22 maggio 2017, n. 81.), que veio para regularizar o “lavoro agile”. Embora contemporânea com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que veio para reformar a CLT, veremos a seguir que a lei italiana traz conceitos que demonstram

maior amadurecimento e preocupações em resguardar direitos caros ao trabalhador – direito ao lazer e à privacidade – e efetivamente buscar o equilíbrio entre trabalho e vida, busca esta que faz parte das próprias diretivas da União Europeia<sup>4</sup>.

Trazendo a discussão para a realidade brasileira, não obstante a regulamentação do teletrabalho, por meio de lei ordinária, deva ser louvada, pois prevê uma normatividade mais abrangente em relação a uma situação vivenciada por trabalhadores no país e, ainda, permita romper a barreira de insegurança e, com isso, fomentar o incremento desse sistema pelas empresas<sup>5</sup>, também é possível verificar uma superficialidade e, até mesmo, “pressa” na construção dos conceitos presentes na lei, o que, caso olhemos mais atentamente, percebe-se ocorrer na maioria dos dispositivos aprovados dessa nova norma legal.

## 2. CONCEITO DO TELETRABALHO

Assim a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 definiu o teletrabalho: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”.

A terminologia “teletrabalho”

.....  
and working conditions in Europe.” Eurofound (2017), Work–life balance and flexible working arrangements in the European Union, Eurofound, Dublin.

3 Work–life balance and flexible working arrangements in the European Union, Eurofound, Dublin.

.....  
4 Accordo-Quadro Europeo sul Telelavoro. p. 1.

5 Abertura de empresas ao home office cresce devagar no Brasil. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/abertura-de-empresas-ao-home-office-cresce-devagar-no-brasil/>. Acessado em: 30/08/2017.

utilizada pelo legislador remete à expressão correspondente utilizada há muito na Itália: *telelavoro*. Outras expressões também são utilizadas para definir o mesmo sistema laboral: trabalho remoto; trabalho à distância<sup>6</sup>. Mesmo na Itália há outras expressões utilizadas, se não de formas sinônimas, de maneira análoga, como, por exemplo, *lavoro agile*, expressão esta que foi a escolhida para ser utilizada na lei promulgada acerca do tema e que, segundo entendimento naquele país, trata o trabalho fora da empresa de forma mais ampla, não apenas trabalho em domicílio, mas em qualquer outra localização, sem um lugar físico pré-determinado, proporcionando maior mobilidade e flexibilidade ao trabalhador<sup>7</sup>. Na língua inglesa, tal sistema de trabalho é mais comumente referido como *home office*, *smart working*, *agile working* ou, ainda, *flexible working*<sup>8</sup>.

À parte das diferentes denominações e conceituações – sem, é claro, olvidar que a escolha entre uma ou outra está carregada de sentido e que, a partir do uso de uma expressão em detrimento de outra, podem ser feitos amplos questionamentos, tal análise demandaria um estudo não pertinente ao escopo do presente artigo -, o que se pretende, por ora, é a análise do conceito de teletrabalho

6 Resolução Nº 227 de 15/06/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). p. 6.

7 Lavoro agile e telelavoro analogie e differenze. Disponível em: <http://www.diritto-lavoro.com/2016/02/22/lavoro-agile-e-telelavoro-analogie-e-differenze/>. Acessado em: 07/09/2017.

8 Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union. Disponível em: [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1741en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1741en.pdf). Acessado em: 30/08/2017.

introduzido pela lei que vem alterar a CLT, em contraponto com a lei italiana aprovada em 22 de maio de 2017 (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017) e que trata do mesmo tema (Legge 22 maggio 2017, n. 81.). Ainda, trazer ao debate como essa modalidade laboral vem sendo tratada em outros países, mais notadamente os da Europa.

Enquanto o Art. 75-B da reforma trabalhista se resume em conceituar o teletrabalho a partir de seu local de prestação – fora das dependências do empregador – e dos instrumentos que permitirão tal labor - tecnologias de informação e de comunicação -, já no primeiro parágrafo do artigo 18 a lei italiana procura trazer uma conceituação mais ampla, a partir do incremento da competitividade – prevendo, a priori, uma baixa no custo da produção e/ou maior eficiência no trabalho realizado pelo empregador – e da possibilidade de conciliação entre tempo de trabalho e tempo de vida social<sup>9</sup>.

Portanto, analisando-se a lei brasileira, verifica-se que o legislador “esqueceu” o fundamento essencial a que se presta a instituição do teletrabalho, que é a busca pelo equilíbrio entre vida social e familiar, de um lado, e o trabalho desempenhado pelo empregado, de outro. Ao passo que a legislação pátria adota única e exclusivamente uma visão instrumental e objetiva, a italiana traz em seu bojo uma abordagem, também, social e subjetiva, ao trazer expressamente a preocupação com o sujeito como ser humano e com sua vida particular, distante do trabalho,

9 “Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (...)”



ao colocar como objetivo fundamental a conciliação do binômio trabalho-vida.

### 3. RESPONSABILIDADE DO TRABALHADOR PELOS EQUIPAMENTOS

O Art. 75-D, da reforma trabalhista, prevê acordo escrito entre empregado e empregador a fim de se definir acerca da responsabilização pela aquisição e manutenção dos equipamentos e da infraestrutura necessária à realização do trabalho. Um tanto temerária tal determinação, pois, diante do poder de barganha do empregador, grande será a possibilidade de, em certa medida, o risco pela atividade empresarial ser repassada ao trabalhador em troca da possibilidade deste ter a flexibilidade de realizar seu trabalho fora das dependências do empregador. Muitas das vezes, mais do que uma simples opção por esse sistema de trabalho, o que se observa é uma necessidade premente de o trabalhador homem e, mais notadamente, da trabalhadora mulher trabalharem em domicílio. Esta, inclusive, para poder dar conta da jornada dupla a que é submetida e que a chama a assumir a responsabilidade pelo lar, pelos filhos e, por fim, para ser fonte de renda para a família em muitas situações.

Mais alinhada com a própria razão de ser da atividade empresária - cujo conceito é trazido expressamente pela CLT em seu artigo 2º, qual seja, “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” - está a legislação da Itália, acerca do teletrabalho, em comparação com a brasileira. Em seu artigo 18, parágrafo 2º, fica especificado

que o empregador é responsável pela segurança e pelo bom funcionamento dos instrumentos tecnológicos destinados ao trabalhador para o desenvolvimento da atividade laborativa.<sup>10</sup>

Três importantes situações podem ser identificadas na legislação italiana e que não estão previstas no capítulo da reforma trabalhista que trata do teletrabalho. Em primeiro lugar, da lei do país europeu extrai-se que a responsabilidade pelo fornecimento dos equipamentos é do empregador. Pois, se há a previsão de que o empregador será o responsável pela bom funcionamento dos instrumentos tecnológicos “destinados ao trabalhador”, entende-se que o empregador deverá fornecer ao trabalhador os equipamentos necessários para a realização do trabalho fora do estabelecimento empresarial, pois o texto legal determina que o patrão destine os instrumentos necessários para a execução do teletrabalho, ou seja, é de responsabilidade do empregador os equipamentos que serão utilizados pelo teletrabalhador. Nada mais justo, haja vista o risco inerente ao empregador em relação à atividade empresarial, além de o empregado em teletrabalho já ter de arcar com outras despesas, como gasto com energia elétrica, provedor de internet, entre outros. Gastos estes que acabam por promover a economia no ambiente da empresa e, por conseguinte, para o empresário.

Em segundo, a garantia do bom

10 “Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa.” O empregador é responsável pela segurança e pelo bom funcionamento dos instrumentos tecnológicos destinados ao trabalhador para o desenvolvimento da atividade laborativa. (Tradução própria).

funcionamento dos equipamentos também deve ser observada pelo empregador, haja vista não se possa permitir que o empregado arque com o ônus de não ter uma assistência adequada nos equipamentos e ainda assim ser cobrado por eficiência e produtividade como se adequadas as ferramentas fossem. Ademais, equipamentos em mal estado podem dar causa a doenças do trabalho, cuja responsabilidade recairá sobre o empregador se este não agir de forma a evitá-las ou minimizar os seus efeitos.

O terceiro ponto é uma consequência do ônus do empregador em garantir o bom funcionamento dos dispositivos necessários para o teletrabalho: a segurança. Por se tratar de equipamentos que, pela natureza do serviço a ser realizado, utilizarão de conexão via rede mundial de computadores, a segurança deve ser entendida não somente como sendo física – risco de choque elétrico, risco de doenças físicas ou psíquicas – mas também no que concerne ao ambiente virtual, seja para a proteção de outros equipamentos do empregado conectados à rede doméstica e suas conexões particulares, seja para a segurança da própria rede corporativa e dos demais empregados.

Por tudo que foi exposto, nota-se que mais uma vez a lei que vem para reformar a CLT caminhou contra a maré em relação ao que vem sendo praticado ao redor do mundo. A hipossuficiência do trabalhador e o poder diretivo do empresário acabam por aumentar o desequilíbrio no embate de forças entre empregado e empregador diante da possibilidade de deixar que a questão concernente à responsabilização pelos equipamentos deva ser tratada por meio de acordo entre as partes.

Trata-se de uma negociação que traz à mesa questões particulares e caras ao sujeito que está por detrás do empregado (filhos, família, vida social) e essas questões estão em jogo quando se opta por tal modalidade de trabalho, desequilibrando o embate nas negociações. Justamente por esse fato a legislação deveria ser fechada quanto às responsabilidades e ônus do empregador, para que não houvesse brechas para abuso de poder do empresário em razão da fragilidade em que se coloca o trabalhador quando se obriga colocar de um lado da balança o trabalho e do outro lado a família.

#### **4. CONTROLE DE JORNADA E DIREITO À DESCONEXÃO**

Talvez o ponto mais temerário trazido pela reforma trabalhista é aquele que se refere à jornada de trabalho. Como é possível observar nos mais diversos dispositivos trazidos pela nova lei trabalhista, o estratagema do aumento de oferta de emprego foi utilizado para infligir à classe trabalhadora o ônus da necessidade de aumentar o lucro dos empregadores, seja às custas de aumento da eficiência, seja pelo exaurimento da força laboral por jornadas excessivas.

Em relação ao teletrabalho a abordagem não foi diferente. Ao excluir os empregados que prestam serviço no regime de teletrabalho da regulamentação das jornadas máximas diárias e semanais reguladas pelo Art. 58 da CLT, além do artigo 7º, XIII, da CF/88, inúmeras consequências maléficas acabarão por atingir tais trabalhadores.

A inclusão do inciso III no artigo 62 da CLT pela reforma trabalhista, retirando

a necessidade de controle de jornada dos empregados em teletrabalho, vem de encontro à própria lógica da opção de realizar o trabalho em domicílio. Em que pese a nova lei trabalhista - dada o seu caráter patronal e objetivista, bem como a mitigação da preocupação com o sujeito - nada mencionar expressamente acerca do intuito do teletrabalho em permitir uma maior conciliação entre trabalho e vida social – como as legislações italiana e europeia fazem -, tal fundamento de ampliar os momentos em família e no âmbito social deve ser entendido como um pressuposto básico de sua existência, caso contrário não há razão de ser dessa modalidade de trabalho.

Ao excluir o teletrabalhador do controle de jornada, transformou-o em um refém do empregador, tendo ele de ficar à disposição em horários além da jornada normal ao qual deveria estar submetido, e ainda permitirá que a figura do patrão adentre na esfera da privacidade do trabalhador, fato este que vai muito além do poder diretivo ao qual o empregador faz jus e que, ainda, viola a garantia constitucional que prevê que a duração da jornada de trabalho normal não exceda a oito horas diárias (Art. 7º, XIII, da Constituição Federal do Brasil).

Trabalhar em domicílio, sem controle de jornada e com um empregador sempre presente a qualquer momento, está mais para uma passagem do livro “1984” de George Orwell do que para uma relação sã de trabalho em que o fundamento deveria ser o de proporcionar ao trabalhador um aumento de tempo livre para o lazer, a vida social, a atenção à família.

A lei promulgada na Itália, no que tange à jornada de trabalho, é muito mais

vantajosa, progressista e alinhada com o seu objetivo fundamental, pois delimita a jornada de trabalho diária e semanal de acordo com a lei e acordo coletivo<sup>11</sup>. Ainda, especifica que o referido trabalho será prestado “sem preciso vínculo de horário e de local de trabalho”<sup>12</sup>, ou seja, delimita a jornada e permite flexibilidade na prestação do serviço.

Clara e necessária é a preocupação no velho continente quanto ao direito do trabalhador ao seu horário de lazer e de descanso e sem interrupções pelo seu empregador. Com a inserção da tecnologia havida nas últimas décadas, tanto nas relações de trabalho quanto nas sociais, possibilitando algo próximo a uma “onipresença virtual”, a linha ficou ainda mais tênue quando se trata de inibir a intromissão de questões referentes ao espaço laboral dentro dos horários que deveriam ser destinados única e exclusivamente pelo trabalhador para sua vida social, familiar, ou seja, para o não-trabalho.

O Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara de Jundiaí/SP, e professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP, Jorge Luiz Souto Maior, em seu artigo intitulado “Do Direito à Desconexão do Trabalho” trata especificamente desse tema. Para o Juiz, há contradições trazidas pela tecnologia ao espaço laboral. Uma delas é que, enquanto há visões de que a tecnologia está roubando o trabalho do homem, também é possível se verificar que o avanço tecnológico está “escravizando

11 “(...) entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.”

12 “(...) senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro(…)”

o homem ao trabalho”<sup>13</sup>. Aponta, ainda, Souto Maior, o direito fundamental ao não-trabalho que deve ser preservado. Tarefa hercúlea, diga-se de passagem, haja vista a estrondosa taxa de desemprego nos dias atuais, bem como a noção que está arraigada na sociedade – mais notadamente a partir da era industrial – de que o trabalho dignifica o homem e, portanto, o contrário – o não-trabalho – coloca o ser-humano em uma posição mal vista pela sociedade.

Alerta, ainda, Souto Maior que o não-trabalho a que se refere não é “no sentido de não trabalhar completamente”<sup>14</sup>, mas de “trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde”<sup>15</sup>.

Dessa forma, para se proteger a saúde e a vida social do trabalhador em face da possibilidade da realização do trabalho em locais fora da sede do empregador, por meio de ferramentas trazidas pelo avanço tecnológico, é preciso garantir o direito à desconexão, ou seja, é essencial que o empregado possa se afastar do trabalho que realiza em teletrabalho, permitindo-lhe que se “desconecte” das ferramentas tecnológicas e de informação que possuam ligação com o empregador, na mesma medida em que faria se estivesse trabalhando na sede do empregador. O ato de anotar a saída no cartão de ponto e ir embora deve possuir um paralelo quando está o empregado submetido ao teletrabalho.

Por esse motivo a reforma trabalhista traz uma nefasta característica aos

teletrabalhadores e vai de encontro ao que tem sido debatido nos tribunais brasileiros e em países com inegável avanço na proteção ao trabalhador, como é o caso da França, no que tange ao denominado “direito de desconexão”.

Decisões de tribunais brasileiros já vêm sendo proferidas no sentido de reconhecer o direito à desconexão dos trabalhadores. Mesmo aqueles que não realizam o teletrabalho veem sendo vitimados pela onipresença do empregador, seja via mensagens eletrônicas, via aparelho de telefone celular - ou outros meios de comunicação - em horários fora do expediente e em dias de repouso e que não permitem que o trabalhador se desligue do trabalho, ficando em “infinito estado de espera”, pois, não obstante o discurso daqueles que estão do lado do poder diretivo empresarial no sentido de que o empregado não é obrigado a atender telefonemas ou responder mensagens fora do horário ordinário do expediente, há sempre a ameaça velada que paira no ar e que faz com que mesmo não sendo obrigado – contratualmente – sente-se o empregado impelido a responder as tentativas de contato realizadas, com vistas a, no futuro, não sofrer represálias, desde a não habilitação a progressão funcional até a própria dispensa do emprego.

Em caso de se verificar que o empregado permanece à disposição do empregador, quando em regime de trabalho a distância, fora de sua jornada de trabalho, caracteriza-se o sobreaviso. Assim esclarece a Súmula nº 428 do TST:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e

13 Do Direito à Desconexão do Trabalho. Pg. 1.

14 Ibidem. Pg. 3.

15 Idem.

27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Portanto, clara está a necessidade de se proteger o teletrabalhador da impossibilidade de se desconectar do trabalho. Com a ausência de controle de ponto do empregado, um grande passo para uma nefasta lógica que fará com que empregado que trabalha fora das dependências do empregador, além de não ter direito ao recebimento de horas extras, não verá respeitada a sua subjetividade, independência, intimidade e vida familiar e social. O que inicialmente fundamentou a adoção dessa nova forma de realizar trabalho virá a ser descaracterizado por uma legislação que não foi pensada para proteger o trabalhador em sua totalidade física-psíquica-social.

Um bom exemplo a ser seguido é o da França, país onde, em 2016, foi promulgada uma lei especificamente para tratar do tema relativo ao direito de desconexão.

O artigo 55 da lei francesa de nº 2016-1088 de 08 de agosto de 2016<sup>16</sup> (com

16 (...) Article 55

I. - L'article L. 2242-8 du code du travail est ainsi modifié: 1° Le 6° est complété par les mots : « , notamment au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise ; » 2° Il est ajouté un 7° ainsi rédigé : « 7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son

vigência a partir de 1º de janeiro de 2017) prevê “o exercício pleno por parte do empregado do seu direito de desconectar”, bem como determina “o estabelecimento pela empresa de dispositivos para regular o uso de ferramentas digitais, com o objetivo de garantir o respeito pelos períodos de descanso, bem como a vida pessoal e familiar”.

Ademais, a referida legislação francesa determina que a empresa crie um plano para que sejam postos em prática procedimento para a efetivação do direito do empregado de se desconectar de seu trabalho. Além disso, prevê a “a implementação, para funcionários e pessoal de gestão e direção, de atividades de treinamento e conscientização sobre o uso razoável de ferramentas” em trabalho à distância.

Dessa forma, fica clara a preocupação com a proteção à privacidade e saúde do trabalhador em outros países cuja legislação e efetivação do teletrabalho estão um passo à frente em relação ao Brasil. Preocupação essa que não teve reflexo na reforma trabalhista aprovada em julho de 2017 e com entrada em vigor em novembro desse mesmo ano.

.....  
*droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. »*

II. - Le I du présent article entre en vigueur le 1er janvier 2017. (LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels)

Ao passo que a mobilidade proporcionada pelo avanço da tecnologia e das redes de comunicação fez emergir novas formas de o ser humano se relacionar com o seu trabalho, também se atenuou a fronteira, outrora mais sólida, entre o trabalho e o lazer, a vida no trabalho e a vida social e familiar. Caso não haja constante preocupação em se respeitar os direitos fundamentais ao lazer (Art. 6º, *caput*, da CF) e ao respeito à vida privada (Art. 5º, X, da CF) – que podem perfeitamente ser representados pelo direito ao “não-trabalho”, como coloca o Juiz do Trabalho Jorge Luiz Souto Maior –, a sobrecarga de trabalho para os teletrabalhadores sem controle de jornada, culminando no desrespeito ao direito de se desconectarem de suas atividades laborativas, as doenças cada vez mais prementes no mundo pós-moderno - sejam físicas ou psíquicas – causadas por excesso de trabalho ganharão proporções desastrosas.

O tema vem sendo objeto de decisões e debates nos tribunais nacionais, não obstante não haver ainda um entendimento pacificado, dada as características trazidas pelo avanço tecnológico, bem como as circunstancialidades que a recente Lei trará também criarão novos caminhos para o entendimento acerca da questão. Uma das decisões acerca do tema vem do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, especialmente a parte final da ementa:

SOBREAVISO. USO DE CELULAR. DIREITO AO LAZER E À DESCONEXÃO DO TRABALHO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PAGAMENTO DEVIDO. (...) Em 15.12.2011, o art. 6º da CLT foi alterado passando a dispor que os meios telemáticos e informatizados

de controle e supervisão se equiparam aos meios pessoais para fins de subordinação. Por certo, o escopo da alteração não é autorizar que a empresa viole o direito ao lazer e ao descanso (arts. 6º da CF/88 e 66 da CLT) ensejando o uso dos avanços tecnológicos sem desligar o trabalhador da prestação de serviço. Assim, a subordinação no teletrabalho, embora mais amena que a sujeição pessoal, ocorre através de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc. Nesse contexto se deu a reforma da Súmula 428 do C. TST, **ficando assegurado, no caso de ofensa à desconexão do trabalho e ao direito fundamental ao lazer, o pagamento de sobreaviso (II, Súmula 428 incidente na espécie). Tal exegese vai ao encontro da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais (direito ao lazer e à desconexão)**, fazendo jus o reclamante ao tempo à disposição sempre que ficou em sobreaviso. Recurso obreiro provido no particular. (grifo nosso) (TRT-2 - RO: 00031436020125020045 SP 00031436020125020045 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 29/09/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 09/10/2015)

Assim, de tudo que foi exposto, claros são os perigos enumerados em razão da ausência de controle de jornada dos teletrabalhadores. Ademais, não há que se falar em dificuldade na efetivação do controle, haja vista as próprias ferramentas tecnológicas trazem soluções para que tal controle seja operacionalizado.

Portanto, mais uma vez, vê-se que a dita reforma trabalhista traz “meias

verdades”, pois afastar o controle de jornada no teletrabalho, cuja operacionalização só existe pelo avanço tecnológico e de ferramentas de comunicação, é admitir que é possível a realização de trabalhos a distância – mesmo aqueles de alta complexidade –, pois há ferramentas para isso, mas um simples controle de jornada não é possível.

## 5. CONCLUSÃO

Não obstante terem sido discutidas, no presente artigo, questões importantes acerca do tema que envolve o teletrabalho - o perigo da transferência do risco empresarial para o empregador, a imprescindibilidade de o empregado se desconectar do seu trabalho, sem olvidar as ponderações trazidas pelo direito comparado -, o assunto de forma alguma foi tratado de maneira exaustiva, restando vários pontos importantes que, em razão do escopo e do espaço permitido, ficaram fora do debate aqui iniciado, como é o caso da saúde e segurança do trabalhador, poder diretivo e de controle, aperfeiçoamento profissional, produtividade, entre outros.

O intuito das análises aqui realizadas foi de demonstrar que, por um lado, a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, no que se refere ao teletrabalho, se mostra alinhada aos muitos outros artigos e incisos nela presentes, fortalecendo o poder do empregador, o que abrirá, certamente, brechas para uma exploração igualmente vista somente em tempos outrora sombrios e que se esperava que não voltassem mais em países dito civilizados. Por outro lado, na esteira dessas infelizes mudanças trazidas por imposições unilaterais do empresariado brasileiro, percebe-se o desalinhamento com

que essa pretensa nova legislação trabalhista se encontra em relação a países com avançada legislação trabalhista e que apresentam excelentes exemplos de humanização e subjetivização do direito do trabalho, como são os casos da Itália e da França, pra citar apenas dois, mas que comungam experiências semelhantes de outras grandes potências da União Europeia, haja vista seguirem diretrizes traçadas por essa comunidade continental.

É inegável que o teletrabalho traz inúmeros benefícios para o trabalhador. Mas também traz despesas para aqueles que optam em realizar o trabalho por meio dessa modalidade laborativa e, para que princípios trabalhistas de longa data pacificados sejam respeitados, é necessário mitigar determinados ônus que acabam sendo gerados a partir dessa forma de trabalho fora das dependências do empregador. O que não se pode admitir é que o empregador obtenha as vantagens – diminuição de gasto com energia elétrica, água, espaço físico, material de expediente, água mineral, café, entre outros – e o teletrabalhador tenha de suportar a despesa com equipamento, tecnologia de informação e, concomitantemente, veja-se sem sequer o direito do recebimento de horas-extras.

Sob a pecha de aumento da quantidade de vagas de emprego, a chamada reforma trabalhista atua no sentido contrário, obrigando que o empregado trabalhe mais e nem sempre receba por isso, como se verifica no caso do teletrabalho. Da flexibilização de local e horários de trabalho, um dos fundamentos desse sistema laboral, passou-se à flexibilização de direitos trabalhistas e, até mesmo, flexibilização de direitos fundamentais sociais protegidos pela Constituição Federal.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Abertura de empresas ao home office cresce devagar no Brasil.** Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/abertura-de-empresas-ao-home-office-cresce-devagar-no-brasil/>. Acessado em: 30/08/2017.

**Accordo-Quadro Europeo sul Telelavoro.** Disponível em: [https://www.cliclavoro.gov.it/Aziende/Documents/accordo\\_quadro\\_16\\_luglio\\_2002.pdf](https://www.cliclavoro.gov.it/Aziende/Documents/accordo_quadro_16_luglio_2002.pdf). Acessado em: 30/08/2017.

**Do Direito à Desconexão do Trabalho.** Disponível em: [http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_%C3%A0\\_desconex%C3%A3o\\_do\\_trabalho..pdf](http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf). Acessado em: 01/09/2017.

**Legge 22 maggio 2017, n.81.** Disponível em: [www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/06/13/135/sg/pdf](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/06/13/135/sg/pdf). Acessado em: 30/08/2017.

**LOI n° 2016 - 1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.** Disponível em: [travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/loi\\_no2016-1088\\_du\\_8\\_aout\\_2016\\_version\\_initiale.pdf](http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/loi_no2016-1088_du_8_aout_2016_version_initiale.pdf). Acessado em: 07/09/2017.

**Direttiva n. 3 del 2017 in materia di lavoro agile.** Disponível em: <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-06-2017/direttiva-n-3-del-2017-materia-di-lavoro-agile>. Acessado em: 28/08/2017.

**Lavoro agile e telelavoro analogie e differenze.** Disponível em: [http://www.diritto-lavoro.com/2016/02/22/lavoro-agile-e-telelavoro-](http://www.diritto-lavoro.com/2016/02/22/lavoro-agile-e-telelavoro-analogie-e-differenze/)

[analogie-e-differenze/](http://www.diritto-lavoro.com/2016/02/22/lavoro-agile-e-telelavoro-analogie-e-differenze/). Acessado em: 07/09/2017.

**Resolução Nº 227 de 15/06/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=3135>. Acessado em: 31/08/2017.

**Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?** Disponível em: <http://ojs.uniurb.it/index.php/dsl/article/download/960/904+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acessado em: 28/08/2017.

**Telelavoro: secondo la Commissione il nuovo accordo costituisce una buona notizia per i lavoratori e per le imprese.** Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-1057\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1057_it.htm). Acessado em: 30/08/2017.

**Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union.** Disponível em: [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1741en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1741en.pdf). Acessado em: 30/08/2017.



# A EXTINÇÃO CONTRATUAL E A REFORMA TRABALHISTA

Gilberto Stürmer

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Quitação Anual do Contrato de Trabalho; 3. Desnecessidade de assistência sindical na Rescisão Contratual; 4. Extinção do Contrato de Trabalho por Acordo entre empregado e empregador; 5. Considerações Finais.

## 1. Introdução

Após a tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, especialmente no primeiro semestre de 2017, foi aprovada, sancionada e publicada a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. A nova lei, resultado da denominada “Reforma Trabalhista”, entrará em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação, ou seja, em 10 de novembro de 2017.

A nova lei altera substancialmente o Direito do Trabalho no Brasil, abrangendo relações individuais, coletivas e processuais, especialmente em relação ao trabalho

subordinado.

O foco, aqui, é discorrer brevemente, a título de ensaio, sobre três aspectos da extinção do contrato de trabalho, ou seja, sobre o Direito Individual do Trabalho.

Examinam-se as novidades da quitação anual do contrato de trabalho e da extinção contratual por acordo, além da novidade que afasta a necessidade de assistência sindical nas rescisões de contratos de trabalho vigentes há mais de um ano.

O texto está inserido no âmbito das pesquisas do autor, a área de atuação do Direito Individual de Trabalho e na linha de pesquisa que abrange a eficácia e efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho.

Com relação à metodologia, este escrito trata-se de um breve ensaio com o fito de comentar os temas eleitos, expondo ideias e críticas a respeito dos mesmos, apresentando o ponto de vista inicial do autor.



Gilberto Stürmer

Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000), Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014).

## 2. Quitação Anual do Contrato de Trabalho

O Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe sobre o Contrato Individual de Trabalho (arts. 442 a 510).

A ordem seguida abrange disposições gerais, remuneração, alteração, suspensão e interrupção, rescisão, aviso prévio, estabilidade, força maior e disposições especiais.

No âmbito das disposições especiais (arts. 505 a 510), foi acrescentado o artigo 507-B e parágrafo único.

Segundo o novo dispositivo, é facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante o sindicato dos empregados da categoria.

O parágrafo único do novel artigo refere que o termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

A ideia de quitação anual, somada às alterações da lei no âmbito processual, destina-se basicamente ao objetivo de reduzir o estratosférico número de demandas judiciais perante a Justiça do Trabalho. Em contratos de trabalho mais longos, com a quitação anual com eficácia liberatória das parcelas ali especificadas, com o tempo as demandas “aventureiras” deixarão de serem ajuizadas. Também nas ações ajuizadas, os pedidos restringir-se-ão àqueles direitos e parcelas que o empregado efetivamente entenda inadimplidos.

Veja-se que a quitação anual é uma **faculdade** de empregados e empregadores. Assim, somente ocorrerá se houver comum

acordo entre os sujeitos da relação de emprego.

Ademais, a faculdade pode ser exercida durante e após a vigência do contrato de emprego nos anos em que o empregado de fato entender que não há parcelas devidas. Assim pode haver quitação de parcelas em determinado ano e não haver em relação a outro ano.

Referida quitação, para ter validade e eficácia liberatória, deve ser realizada perante o sindicato dos empregados da categoria. Tal condição, em cotejo com a desnecessidade da assistência sindical nas rescisões de contratos superiores a um ano – que será vista no próximo tópico – gera uma contradição. Como se trata de ato de vontade dos dois sujeitos – empregador e empregado – se o empregado não tiver interesse em dar quitação de algum período, não ocorrerá o ato.

A contradição também deixa em dúvida o interesse e a eventual resistência do sindicato da categoria profissional em assistir à quitação, especialmente com a perda de poder gerada pela desnecessidade de assistência rescisória e com o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical.

A discriminação de todas as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente, é condição de validade e de eficácia liberatória das parcelas especificadas detalhadamente para haver a quitação anual.

## 3. Desnecessidade de Assistência Sindical na Rescisão Contratual

O Capítulo IV do Título IV da CLT, trata da rescisão do contrato de trabalho – terminologia adotada – abrangendo os artigos 477 a 486.

O caput do artigo 477 passa a ter nova redação, dispondo que na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

Além do registro de baixa na Carteira de Trabalho e Previdência Social e da comunicação da dispensa aos órgãos competentes, dois aspectos são básicos: o pagamento das parcelas rescisórias e o prazo para tal ato.

O atual parágrafo primeiro do artigo 477 – anterior à lei nº 13.467/2017, que dispõe sobre a necessidade de o pedido de demissão ou recibo de rescisão de contrato de trabalho firmado por empregado com mais de um ano de serviço conter a assistência do sindicato de classe ou do Ministério do Trabalho, foi revogado.

Assim, passada a *vacatio legis* de cento e vinte dias, em todos os contratos de trabalho, independentemente do seu tempo de vigência, não haverá necessidade de assistência do sindicato de classe ou do Ministério do Trabalho nos pedidos de demissão e nos termos de rescisão, qualquer que seja a causa do afastamento do empregado.

A medida desburocratiza a rescisão contratual em prol do empregado. O encaminhamento da liberação do seu Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do seu seguro-desemprego, não sofrerá solução de continuidade por alguma restrição que possa ser intentada. Neste sentido o parágrafo décimo do artigo 477, dispondo que a anotação da extinção do contrato na CTPS é documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e

a movimentação da conta vinculada no FGTS nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista na nova redação do caput do artigo 477 tenha sido realizada.

Por outro lado, liberados FGTS e seguro-desemprego, se o empregado entender que alguma parcela do extinto contrato de trabalho foi inadimplida, poderá discutir com o ex-empregador ou perante a Justiça do Trabalho.

Fica, também, revogado o parágrafo terceiro do artigo 477, que trata das hipóteses de assistência na rescisão em localidades onde não houver sindicato ou órgão do Ministério do Trabalho.

O pagamento deve ser realizado em moeda corrente, depósito bancário ou cheque visado, salvo no caso de empregado analfabeto, caso em que é afastada a possibilidade de pagamento em cheque visado (parágrafo quarto).

A nova redação do parágrafo sexto dispõe que a entrega ao empregado, dos documentos que comprovam a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes, bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação, deverão ser efetuados até dez dias contados do término do contrato.

É, portanto, unificado o prazo de entrega da documentação e do pagamento das verbas rescisórias.

#### **4. Extinção do Contrato de Trabalho por Acordo entre empregado e empregador**

No Capítulo V, da rescisão, foi acrescentado o artigo 484-A, trazendo uma novidade em relação às atuais formas de extinção do contrato de trabalho.

Atualmente, as hipóteses previstas em lei, abrangem os atos de iniciativa do empregador, de iniciativa do empregado e as hipóteses especiais, tais como culpa recíproca, cessação da atividade da empresa por morte do empregador, fato do príncipe e força maior.

A novidade trazida pela Lei nº 13.467/2017, é a extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador.

A hipótese, evidentemente, como dispõe a redação do caput do artigo 484-A, somente ocorrerá no caso de vontade de ambos os sujeitos da relação de emprego. As críticas que se fazem ao dispositivo são infundadas, na medida que o empregado poderá se negar a rescindir o contrato por mútuo acordo. Assim, havendo despedida por iniciativa do empregador, seriam devidas as parcelas rescisórias a sua integralidade.

A alteração da lei, no caso de haver mútuo acordo, é no sentido de que o aviso prévio, se indenizado, será devido por metade, assim como a indenização sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço prevista na Lei nº 8.036/1990, de quarenta por cento sobre os depósitos da contratualidade, para vinte por cento sobre os referidos depósitos.

As demais verbas trabalhistas são devidas na integralidade.

Além de evitar fraudes hoje existentes os casos em que o empregado tem a iniciativa da extinção contratual, mas quer movimentar a conta do FGTS, a medida concilia os interesses do empregador, que desembolsará valor menos do que aquele que pagaria em caso de ruptura do vínculo empregatício por sua iniciativa e do empregado que pretende movimentar a sua conta do FGTS.

Há um aspecto em relação ao qual não se concorda. O parágrafo primeiro do artigo 484-A, dispõe que, no caso de extinção do contrato de trabalho por mútuo acordo entre empregado e empregador, a movimentação da conta vinculada do FGTS pelo empregado ficará limitada a oitenta por cento do valor dos depósitos da contratualidade. Ora, se o valor está na conta vinculada e é de propriedade do empregado que se desliga, não há porque não serem liberados os valores na sua integralidade. Qual é o objetivo de manter um quinto do valor dos depósitos do FGTS “trancados” na conta?

Situação diferente é a do parágrafo segundo. No caso da extinção do contrato de trabalho por mútuo acordo, não há autorização para ingresso do empregado no Programa de seguro-desemprego. Os recursos, neste caso, ao contrário da conta de FGTS, teriam que ser desembolsados pelo Estado, o que justifica a regra legal.

## 5. Considerações Finais

Neste momento de adequação da sociedade às novas regras trabalhistas no âmbito do direito material - individual e coletivo - e do direito processual, este singelo artigo na forma de ensaio, tem o objetivo de apresentar e publicar as ideias e o ponto de vista do autor, sobre três aspectos decorrentes da reforma, situados no âmbito do Direito Individual do Trabalho, mais especificamente em relação à rescisão do contrato de trabalho.

Assim é que se tratou de comentar os novos institutos inseridos na CLT, como a quitação anal do contrato de trabalho e a sua extinção por mútuo acordo, bem como, em relação ao pedido de demissão e ao

termo de rescisão do contrato de trabalho, a desnecessidade de assistência sindical ou do Ministério do Trabalho.

No que diz respeito à eficácia dos direitos trabalhistas, entende-se que tais alterações foram positivas e benéficas ao empregado por desburocratizar a ruptura do vínculo empregatício e dar-lhe a possibilidade de movimentar a conta vinculada do FGTS naqueles casos em que hoje isso não é possível.

Também há incontestado benefício à sociedade, já que as medidas têm o condão de, entre outras, reduzir o número de demandas na Justiça do Trabalho.

# O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA LEI N. 13.467/2007, DA REFORMA TRABALHISTA

Enoque Ribeiro dos Santos

## INTRODUÇÃO

Não obstante o avanço do instituto do dano moral ou dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho no Brasil, tanto na doutrina, como na jurisprudência, com o alargamento dos casos de incidência privilegiando a dignidade da pessoa humana, que constitui o fundamento de validade do Estado Democrático de Direito, a novel Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, veio apresentar um novo regramento, nesta temática, a partir do art. 223-A, que passaremos a analisar, de forma perfunctória, artigo a artigo, nas próximas linhas.

Em primeiro plano, o legislador brasileiro passou a adotar a expressão dano extrapatrimonial em substituição a dano moral, da mesma forma que este instituto é denominado em Portugal, na Itália e Alemanha, especialmente por ser de mais amplo espectro, abrangendo inclusive o dano estético.

## I. UM NOVO CRITÉRIO PARA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL COM O ADVENTO DA LEI N. 13.467/2017 (NOVA CLT)

Com o objetivo de colaborar com debate acadêmico, doutrinário e jurisprudencial quanto à determinação do *quantum satis* do dano moral individual, agora dano extrapatrimonial, pelo seu caráter subjetivo que conduz a maior dificuldade, com base em nossa experiência anterior, apresentamos aos aplicadores do Direito, em nosso livro<sup>1</sup>, uma reflexão quanto ao critério para fixação do valor da reparação, como consta da tabela abaixo.

É cediço que a honra, dignidade, intimidade, vida privada de um ser humano não tem preço, que só as coisas têm preços, como já dizia Kant, pois a pessoa é um ser único,

1 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 5ª. edição. SP: Editora Ltr, 2016, p. 268-269.



Enoque Ribeiro dos Santos

Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª. Região. Ex-Procurador do Trabalho do MPT (SP). Professor Associado da Faculdade de Direito da USP-SP. Mestre (UNESP), Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

insubstituível, feito à imagem e semelhança de Deus, daí sua dupla natureza jurídica, uma material e outra imaterial ou extrapatrimonial.

Porém, quando ocorre um vilipêndio a esta especial natureza do ser humano, que deveria ser indevassável, por ato ilícito ou abusivo por outrem e a devida reparação se faz necessária, havendo a movimentação da máquina judiciária neste sentido, não será permitido ao julgador deixar de se pronunciar a respeito (*princípio do non liquet*), na fixação da justa reparação.

Portanto, é neste sentido que, em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias, consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa indenização ao caso concreto que se lhe apresente.

NOSSA SUGESTÃO	LEI N. 13.467/2017 (NOVA CLT)
a) Valor mínimo da reparação por dano moral individual: cinco vezes a remuneração mensal do empregado ou R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sempre se considerando o maior entre esses dois parâmetros de aferição.	I. ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido, (art. 223-G, §1º, I);

b) Valor médio da reparação por dano moral individual: dez vezes a remuneração mensal do empregado ou R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), considerando o maior entre esses dois parâmetros.	II. ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, II);
c) Valor máximo: em aberto, ao livre-arbítrio do magistrado e considerando a gravidade da ofensa, os danos morais e estéticos (cumulados) e as consequências da lesão. Por exemplo: se o ato ilícito ou abusivo do empregador levou à perda parcial da audição, o valor deve ser fixado entre R\$ 50.000,00 e R\$ 70.000,00, e em perda total entre R\$ 80.000,00 e R\$ 100.000,00, dependendo da situação econômica e financeira do ofensor.	III. ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, III);
d) No evento de óbito do trabalhador, pelo caráter insubstituível da pessoa humana para sua família e por não existir dor mais profunda do que a perda de um ser querido, a indenização deve ser fixada no valor mínimo de R\$ 300.000,00.	IV. ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, §1º, IV);

	<p>§ 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor (art. 223-G, §2º);</p>
	<p>§ 3º. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização (art. 223-G, §3º);</p>

## II. AS ALTERAÇÕES RELATIVAS AO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA LEI N. 13.467/2017.

Com o advento da Lei n. 13.467/2017 (Nova CLT), passamos a comentar os novos dispositivos legais, como segue:

### TÍTULO II-A

#### DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

*Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.*

O legislador inicia o regramento do instituto do dano não patrimonial, ou moral, limitando as hipóteses de incidência apenas às elencadas neste título, o que não se coaduna com a própria realidade dos fatos, haja vista

a dinâmica da sociedade moderna. A rigor, a norma acima se apresenta como *numerus clausus*, e não *numerus apertus*, como deveria ser.

O Código Napoleônico de 1804, na França, considerado um dos mais avançados na época, caminhou na mesma vertente, ao considerar que seus artigos poderiam enquadrar todos os fatos sociais da época, ou seja, fazer a subsunção do fato à norma, fenômeno que ficou conhecido como dogma da completude do ordenamento jurídico civilista.

Porém, o caminhar da sociedade veio mostrar, em pouco tempo após a sua promulgação que, enquanto a lei é petrificada, estática, os fatos sociais são dinâmicos e no evoluir das relações humanas criam novos fatos e novas situações que passam a não ser albergadas pelo direito posto ou pré-existente na norma cristalizada.

Na sociedade reurbanizada, globalizada, consumerista, politizada e altamente cibernética em que vivemos, não há possibilidade de estancar ou de represar a ocorrência de um instituto tão amplo como o dano não patrimonial.

Portanto, entendemos que uma legislação, por mais avançada e moderna que seja, não tem o condão de albergar todos os casos de incidência na contemporaneidade, como se extrai do dispositivo legal acima mencionado.

Além disso, em sua evolução, a sublimidade e nobreza do instituto do dano extrapatrimonial, longe de levar à sua banalização, como muitos já quiseram fazer crer, cada nova hipótese de ocorrência ou novidade jurídica o enobrece, pois é produto do desenvolvimento do próprio espírito humano. Isto provém exatamente



do fato de que o dano moral segue a mesma trajetória do ser humano, pois um é corolário do outro.

Dentro deste contexto, entendemos que não há como limitar ou restringir a aplicação deste instituto do dano extrapatrimonial a apenas aos casos especificados neste estreito limite legal, como dispõe este novel artigo.

*Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.*

Este artigo além de trazer um conceito de dano moral limita sua ocorrência apenas aos titulares do direito material à reparação, o que refoge à realidade dos fatos. Muitas vezes os titulares do dano não patrimonial ultrapassam a pessoa do trabalhador, para atingir seus familiares mais próximos, situação que não se confunde com o dano indireto ou por ricochete.

Vejamos a situação de um pequeno núcleo familiar, constituído pelo trabalhador empregado, esposa e filhos, que vivem em situação de plena felicidade, saúde e estabilidade, partilhando tudo o que a natureza lhes pode proporcionar. A partir de uma doença profissional desencadeada no emprego ou um acidente de trabalho, por negligência do empregador, pode provocar uma completa desestruturação deste núcleo familiar.

Neste caso, entendemos que o titular do direito à reparação pelo dano não patrimonial sofrido não é apenas o trabalhador, mas também o cônjuge e membros da família, pois todos, sem exceção, foram atingidos pelo núcleo do instituto, ou seja, pela dor e angústia

espiritual, já que juntos compartilhavam dos momentos de felicidade.

Como muitas vezes não será mais possível o retorno à situação anterior (*status quo ante bellum*), de forma equivalente à situação de não ocorrência do dano, ou o mais próximo possível dela, não restará outra opção a não ser o pagamento da indenização ou reparação à vítima e familiares próximos, conforme recomenda o princípio do *restitutio in integrum*.

Para aprofundar ainda mais a análise deste caso hipotético, imaginemos que o trabalhador, em decorrência da doença profissional ou do acidente ficou impotente sexualmente. Daí, configurada a culpa da empresa, teremos uma hipótese de dano sexual em face da privação da esposa a uma vida sexual normal, que ostentava anteriormente ao evento danoso, fato que, por se constituir em um direito da personalidade levará à extensão da reparação à pessoa da esposa.

*Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.*

Em uma análise preliminar, sem maiores pretensões, podemos perceber que vários direitos da personalidade que encarnam a configuração do dano extrapatrimonial não foram compreendidos neste artigo, entre os quais o direito à vida privada, à vida familiar, à plena e feliz, à beleza, a qualidade de vida, etc, o que exigirá do magistrado, no caso concreto, à devida subsunção do fato real à norma legal.

Vejamos os demais artigos da Lei da

Reforma Trabalhista, no tópico:

*Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.*

A novidade jurídica deste artigo está relacionada ao reconhecimento de que a pessoa jurídica também pode ser afetada pelo dano extrapatrimonial, porém, de forma tão somente objetiva, já que por se constituir uma abstração, a empresa não possui espírito.

Como o núcleo basilar da responsabilidade subjetiva repousa no tripé dor, humilhação e angústia, a empresa ou pessoa jurídica não poderá ser acometida nesta vertente da responsabilidade civil.

Com efeito, o acolhimento da admissibilidade do dano não patrimonial em relação à pessoa jurídica veio acolher o disposto na Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*“Súmula n. 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.*

Obviamente tal especificidade de dano moral só recairá sobre a pessoa do empregado ou de terceiro, que por ação ou omissão, culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo, cometer ato ilícito e lesar a imagem ou reputação da empresa ou empregador no mercado em que opera.

Se houver a judicialização da demanda empresarial, o Judiciário poderá condenar o ofensor a uma sanção pecuniária, por meio de pagamento de indenização, ou ainda em uma obrigação de fazer (retratação pública,

publicação de anúncio em jornais ou revistas, ou prestação de serviços à comunidade).

*Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.*

Este artigo contempla a possibilidade de responsabilidade solidária ou subsidiária, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que o partilhamento da indenização seja feita de forma equitativa entre os co-responsáveis pela lesão.

Ressaltamos que a solidariedade não se presume, ela decorre da lei ou do contrato.

*Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.*

*§ 1º. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.*

*§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.*

Verifica-se dos artigos retro mencionados, o acolhimento também da Súmula n. 37 do STJ, que assim dispõe:

*“Súmula 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.*

Desta forma, poderá haver a cumulação de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros

cessantes), com os danos extrapatrimoniais, decorrentes da indenização por dano moral ou dano estético, decorrentes do mesmo evento lesivo e ultrapassado o filtro do nexo causal entre o dano e a lesão.

Ademais, a lei exige que o magistrado discrimine, caso a caso, os valores relativos a cada tipo de indenização ou reparação.

Já o parágrafo 2º do presente artigo é até mesmo redundante, na medida em que os magistrados, no caso concreto, atuam neste sentido, ou seja, não há interferência da avaliação dos danos patrimoniais com os danos morais, pois possuem natureza jurídica diversa, o que, por si só, enseja a cumulação dos respectivos pedidos.

*Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:*

- I. a natureza do bem jurídico tutelado;*
  - II. a intensidade do sofrimento ou da humilhação;*
  - III. a possibilidade de superação física ou psicológica;*
  - IV. os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;*
  - V. a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;*
  - VI. as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;*
  - VII. o grau de dolo ou culpa;*
  - VIII. a ocorrência de retratação espontânea;*
  - IX. o esforço efetivo para minimizar a ofensa;*
  - X. o perdão, tácito ou expresso;*
  - XI. a situação social e econômica das partes envolvidas;*
  - XII. o grau de publicidade da ofensa.*
- § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a*

*acumulação:*

*I. ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;*

*II. ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;*

*III. ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;*

*IV. ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.*

*§ 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.*

*§ 3º. Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.*

Certamente este artigo trata da parte mais tormentosa para os aplicadores do direito, especialmente os magistrados que deverão fixar o *quantum satis* da indenização, nos termos do art. 944 do Código Civil Brasileiro:

*“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*

*Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.*

O arbitramento da indenização por dano moral deve considerar a gravidade do dano e a dimensão dos prejuízos sofridos, a capacidade patrimonial dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o caráter pedagógico da medida (arts. 5º, V e X da CF/88 e arts. 12, 186, 187 e 944, do Código Civil Brasileiro).

Sem dúvida que a reparação pecuniária do dano moral deverá ser pautada pela força criativa da doutrina e da jurisprudência, devendo o magistrado, diante do caso concreto, considerar, em linhas objetivas, todos os detalhes e aspectos, às vezes colocando-se no lugar do lesante e do lesado, para fazer a subsunção do caso concreto à norma legal, postando-se muitas vezes como se psicólogo fosse, para fixar a indenização que se afigure mais justa no caso concreto.

Embora o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 281 tenha fixado o entendimento no sentido de que: “*A indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa*”, cremos que o estabelecimento de critérios objetivos, como ora proposto pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) promoverá uma parametrização do valor da reparação aos magistrados e aplicadores do direito, bem como uma maior previsibilidade e segurança jurídica aos atores sociais.

O problema que se afigura e que terá que ser aferido pelo magistrado no caso concreto é que a dignidade humana não é mensurável, não tem preço, possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos. Em outras palavras, colocar todos na mesma balança.

Exemplo: um diretor de uma grande empresa, com remuneração elevada, certamente terá uma indenização muito superior a um operário que labora no chão de fábrica, com remuneração muito inferior.

Será que a dignidade do diretor é superior axiologicamente à dignidade do operário? Em termos de indenização pela ocorrência do dano extrapatrimonial, o valor pecuniário da indenização do diretor se apresentará muito superior à do operário, ensejando uma situação de não equidade, como se a dignidade do operário fosse considerada de segunda linha. Mas este é apenas um dos inúmeros percalços que deverão ser solucionados pela doutrina e pela jurisprudência futura.

Deste fato decorreu nossa reflexão no sentido de se estabelecer parâmetros de fixação do valor da reparação, em uma escala de valores, mas sempre deixando uma janela aberta ao magistrado, para em seu juízo de ponderação, fixar a justa indenização em cada caso concreto que se lhe fosse apresentado.

### III. CONCLUSÕES

É de sabença comum que a honra, dignidade, intimidade, vida privada de um ser humano não tem preço, que só as coisas são monetizadas, como já dizia Kant, pois a pessoa é um ser único, insubstituível, feito à imagem e semelhança de Deus, daí sua dupla natureza ou duplo patrimônio, um de índole material e outro imaterial ou extrapatrimonial.

Da mesma forma, podemos dizer que tanto o dano moral individual, como o dano moral coletivo ou transindividual (metaindividual) foram albergados, de forma definitiva, em nosso ordenamento jurídico, de forma que ocorrendo o ilícito, ou abusividade, e preenchidos os seus elementos caracterizados em juízo de ponderação, e não apenas de subsunção do fato à norma, a regra geral será pela procedência da justa e devida reparação.

Sendo assim, ocorrendo um vilipêndio a esta especial natureza do ser humano, que deveria ser indevassável, por ato ilícito ou abusivo por outrem e a devida reparação se faz necessária, havendo a movimentação da máquina judiciária neste sentido, não será permitido ao julgador deixar de se pronunciar a respeito (princípio do *non liquet*), na fixação da justa reparação.

Portanto, é neste sentido que em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles, a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extra patrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa e devida indenização ao caso concreto que se lhe apresente.

# RESPONSABILIDADE DIRETA DE SÓCIOS E ADMINISTRADORES E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO

Roberto Dala Barba Filho

A própria definição do conceito de desconconsideração da personalidade jurídica acarreta divergências doutrinárias, sendo certo que também a forma de disciplinamento legal do tema não favorece o debate.

Embora o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) não seja novidade no direito brasileiro, e já tenha sido introduzido e debatido doutrinariamente desde obras pioneiras de Rubens Requião e seu desenvolvimento posterior por José Lamartine Correa de Oliveira, a verdade é que houve uma significativa demora para sua positivação no direito brasileiro.

Com efeito, é rigorosamente apenas por ocasião do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que o instituto passa a ser albergado legalmente no direito do Brasileiro, no artigo 28 do Código. Depois disso outras normas se seguiram, como o art. 34 da lei 12529/11, e, naturalmente, sua consagração no art. 50 do Código Civil de 2002.

Ainda que materialmente o instituto já tivesse criado raízes, e fosse largamente

utilizado na prática forense e reconhecido e aplicado pela jurisprudência, não há dúvida de que se ressentia da falta de uma normatização processual.

Essa lacuna inegavelmente foi preenchida com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, através de seus artigos 133 a 137, e agora também no processo do trabalho por força da inserção do art. 855-A, na CLT, em razão da reforma trabalhista, disciplinando processualmente o tema.

Para se saber, entretanto, se o incidente é cabível, e, mais do que isso, necessário no caso concreto, é necessário revisitar o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica.

A própria definição do conceito de desconconsideração da personalidade jurídica acarreta divergências doutrinárias, sendo certo que também a forma de disciplinamento legal do tema não favorece o debate. Isso porque, a princípio, a finalidade da desconconsideração da personalidade jurídica é a de permitir a responsabilização direta dos sócios de uma determinada sociedade, para além de eventual



Roberto Dala Barba Filho

Juiz do Trabalho no TRT da 9a Região. Mestre em direito pela PUC-PR.

limitação de sua responsabilidade pelas regras societárias, como no caso de uma sociedade limitada. Nesse diapasão, o instituto surge como uma relativização do dogma da separação absoluta da personalidade da sociedade e de seu quadro societário.

Sob esse prisma, a desconsideração da personalidade jurídica, que justificaria a incidência do incidente aliás, ocorreria apenas nas hipóteses em que fosse necessária a responsabilização secundária dos sócios de uma dada sociedade. Todavia, abundam na doutrina entendimentos de que outras modalidades de responsabilização passiva ou ativa de empresas também estariam sujeitas a essa mesma conceituação.

Otávio Joaquim Rodrigues Filho, por exemplo, entende que a hipótese de reconhecimento legal de grupo econômico, tal como no art. 2º, § 2º, da CLT, seria uma modalidade de desconsideração da personalidade jurídica<sup>1</sup>.

Esse posicionamento inclusive é compreensível porque o próprio Código Civil, ao versar sobre a desconsideração da personalidade jurídica refere-se, em seus parágrafos, às hipóteses de responsabilização solidária de empresas de grupos societários e consorciados.

Não se pode confundir os institutos, contudo, por mera questão topológica legislativa, até porque não guardam relação entre si quer nos seus requisitos, quer nos seus efeitos.

Isso porque o que o art. 2º, § 2º, da CLT prevê é uma hipótese de responsabilização solidária entre as empresas que participem de um grupo econômico de fato ou de direito, segundo os critérios de identificação que

estabelece, e que não guardam qualquer relação quer com as hipóteses ensejadoras da desconsideração da personalidade jurídica, quer com seus efeitos (no caso do dispositivo citado, por exemplo, a responsabilidade é solidária e todas as empresas do grupo podem ser demandas como responsáveis patrimoniais primárias). Além disso, rigorosamente nem sequer implicam a responsabilidade dos sócios ante eventual afastamento da proteção que lhes é conferida pela teoria da pessoa jurídica.

Tem-se, portanto, que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, e o instrumento processual para sua realização devem ser reservados às hipóteses em que se busca, efetivamente, ou a responsabilização dos sócios para além dos limites de suas responsabilidades societárias, ou a investigação por meio de desconsideração inversa com vistas a se identificar eventual responsabilização de outras empresas que estejam sendo utilizadas para fraudar credores da sociedade demanda.

É das hipóteses de desconsideração inversa versadas sobre Daniel A. A. Neves, quando assinala que na hipótese de desconsideração inversa “o sócio figura como devedor e a sociedade empresarial, como responsável patrimonial secundária, quando se constata que o sócio transferiu seu patrimônio pessoal para a sociedade empresarial com o objetivo de frustra a satisfação de seus credores”<sup>2</sup>.

Observe-se que na hipótese mencionada de desconsideração inversa, o elemento fático subjacente é a prática fraudulenta. E isso leva diretamente a um debate central na questão relativa à desconsideração da personalidade jurídica no qual a doutrina se divide entre aqueles que entendem que a desconsideração

da personalidade jurídica seria cabível apenas nos casos de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial de um lado, e de outro lado aqueles que entendem que a mera insuficiência patrimonial já bastaria para a sua incidência.

Fora da esfera trabalhista há poucas dúvidas no sentido de que a doutrina e a jurisprudência majoritária se inclinam em favor da ideia de que a desconsideração seria cabível apenas nos casos de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Nesse sentido a lição de Fábio Ulhoa Coelho,

Pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração<sup>3</sup>.

No mesmo sentido o acompanha o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, ao manifestar entendimento no sentido de que seu cabimento estaria restrito às hipóteses em que “houver a configuração de abuso ou de manipulação fraudulenta do princípio da separação patrimonial entre a sociedade e seus membros. O que se quer é evitar a manipulação da autonomia patrimonial da sociedade como

meio de impedir, fraudulentamente, o resgate de obrigação assumida nos termos da lei”<sup>4</sup>.

Até a década de 90 tal entendimento não apenas era majoritário como fartamente dominante, surpreendendo, contudo, que precisamente o primeiro diploma normativo a positivar o instituto, o Código de Defesa do Consumidor, tenha adotado não apenas entendimento mais abrangente, como ampliado de forma impactante a esfera do que seriam as hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 28, abrangendo desde infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Não surpreende que tal disposição tenha sido alvo de severas críticas por parte da doutrina comercialista e civilista. Como expõe Marcelo Bertoldi:

A crítica que se faz ao supracitado art. 28 do CDC diz respeito às hipóteses ensejadoras do superamento da autonomia da pessoa jurídica. Se por um lado, correta a referência legal quanto ao abuso de direito, que corresponde com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, as referências feitas ao excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência e má administração, por tratarem-se de cláusulas que permitem a responsabilização direta do administrador ou sócio sem a necessidade da desconsideração da pessoa jurídica, não teria sentido constar do texto legal, não se tratando de hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de responsabilização direta do causador do eventual dano<sup>5</sup>.



Essa ampliação, contudo, foi rapidamente aceita e absorvida em especial pela doutrina e jurisprudência trabalhistas, ciosas particularmente de que outros créditos menos privilegiados que o crédito trabalhista passasse a ter elementos mais eficazes de execução creditícia do que o próprio direito do trabalho.

Arion Sayão Romita defende inclusive que no direito do trabalho deveria ser estipulado como regra a ideia de que os sócios de sociedades limitadas respondem subsidiariamente (e solidariamente entre si) pelas dívidas trabalhistas da sociedade, enquanto da mesma forma os dirigentes das sociedades anônimas deveriam fazê-lo quando for insuficiente o patrimônio da empresa para arcar com as dívidas da sociedade<sup>6</sup>.

Maurício Godinho Delgado perfilha do entendimento da desconsideração da personalidade jurídicas por mera frustração patrimonial, calcada em um “princípio da despersonalização do empregador”<sup>7</sup>.

Uma diferenciação que acaba passando despercebida no debate entre estes extremos, contudo, e que é pontuada na crítica de Bertoldi é a distinção entre hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica por fraude, e as hipóteses de responsabilização direta dos sócios ou gestores por ato ilícito. Isso porque, embora os efeitos práticos do reconhecimento tanto de uma quanto de outra possam ser similares, seu fundamento e seus reflexos processuais não o são.

A distinção entre as hipóteses de ato ilícito e de fraude ou abuso de direito que poderiam, estas duas últimas, implicar a desconsideração da personalidade jurídica é preciosamente assinalada por Rodrigues Filho:

Fraude à lei, tecnicamente, deve ser vista sob o prisma específico da manobra indireta que tangencia o preceito legal proibitivo ou imperativo, independentemente de objetivar o prejuízo alheio, embora leve, de alguma forma, ao proveito próprio ou de terceiros<sup>8</sup>.

Se uma determinada pessoa não possui qualquer poder de gestão dentro da empresa, não há sentido em se falar em responsabilidade da mesma por atos de gestão dentro do empreendimento.

Prevalece na doutrina o entendimento de que quando os atos dos sócios violam diretamente o direito de terceiros ocorrem os fenômenos que ensejam a responsabilidade por ato próprio ou, mais especificamente, hipóteses de responsabilidade civil, que incluem situações de comportamento doloso ou culposo de dirigentes da sociedade, violadoras de disposições de lei, que não justificam propriamente a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, mas a mera e direta responsabilização dos sócios<sup>9</sup>.

As hipóteses são distintas porquanto a desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida precisamente para atacar as situações em que, a princípio, nenhum ato ilícito flagrante poderia ser atribuído ao sócio ou administrador, mas este se escondia atrás do véu societário para práticas de abuso de direito, fraudes, ou simples ruína por má gestão. Nunca houve necessidade de desconsideração da personalidade jurídica por atos ilícitos praticados pelos sócios e administradores porque tampouco havia dúvida nesse aspecto de que quando o ato pudesse ser imputado diretamente a um deles, o mesmo responderia diretamente em caráter individual, ou solidariamente com a sociedade,

pelos prejuízos causados.

Não seria necessário, nesse caso, ir sequer além das regras gerais de responsabilidade civil, mas muito antes da própria consagração legislativa da desconsideração da personalidade jurídicas as hipóteses de desconsideração direta dos administradores já eram admitidas legalmente, como se infere, por exemplo, da lei das Sociedades Anônimas de 1974 em seu art. 158.

Em tais circunstâncias a responsabilidade é direta e individual, e uma vez constatada a prática do ato ilícito por violação de lei ou estatuto, especialmente em se tratando de deveres legais específicos, a própria defesa do administrados (e, por analogia, também os sócios que atuam de forma ilícita) é virtualmente impossível, como alerta Hendel Sobrosa Machado, porque não há margem de discricionariedade para o seu cumprimento<sup>10</sup>.

É consabido que a esmagadora maioria das hipóteses de “desconsideração da personalidade jurídica”, em especial no direito e no processo do trabalho, nada mais se referem do que hipóteses de atos ilícitos praticados diretamente pelos gestores e sócios das sociedades, dominando amplamente o cenário, por exemplo, as situações de dissolução irregular da empresa, em que o empregador simplesmente some, ou, mesmo que encontrado, não se verificam quaisquer vestígios do estabelecimento ou bens de qualquer outra forma vinculados à figura do empregador societário. Observe-se a esse respeito a súmula 435 do STJ: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução

fiscal para o sócio-gerente.

Note-se que no caso do entendimento sumulado do STJ não apenas a dissolução irregular permite o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (art. 175, III, do CTN, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art. 889, da CLT), como inclusive presume a dissolução irregular pelo simples fato da empresa deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, evidenciando postura ainda mais contundente do que a que se verifica de regra no processo do trabalho, em que mesmo quando não se localiza a endereço no domicílio fiscal ainda se enveredam diversos esforços para a localização da mesma antes de se declarar a dissolução irregular.

Fora dessa hipótese, na rotina trabalhista, o que sobram são as hipóteses de falência, recuperação judicial e algumas situações em que a sociedade continua em atividade e se apresenta de forma insolvente. Rigorosamente falando, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica estaria reservado a estas situações, já que nas demais a responsabilidade poderia ser atribuída diretamente ao sócio ou gestor.

O máximo que se poderia opor, em especial nos casos de cessação irregular das atividades da sociedade por parte de seus sócios ou gestores, no caso de responsabilidade direta, além da negativa do ato, naturalmente, é o de que o poder de gestão ou controle não recaía sobre parte dos gestores formais ou, de forma ainda mais categórica, os sócios minoritários<sup>11</sup>, situações em que efetivamente o incidente poderia se justificar para comprovação de eventual coparticipação em ato fraudulento. Dito isto, é compreensível contudo que mesmo nessas circunstâncias de responsabilidade

direta dos sócios ou gestores a parte autora ou exequente opte pela adoção do incidente de desconsideração porquanto será a via mais segura processual, haja vista que caso se entenda posteriormente que a hipótese não era de responsabilização direta fatalmente a inclusão do sócio ou gestor na demanda será nula em razão de cerceamento de direito de defesa, implicando manifesto atraso processual até que se regularize o processamento de sua inclusão no polo passivo.

O objetivo da presente contribuição foi o de especificar a diferenciação entre as figuras, contudo, além de destacar que esta distinção é aplicável ao direito do trabalho e também pode servir de orientação determinante a respeito da necessidade de adoção, ou não, nos casos concretos, do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para fins de redirecionamento da execução trabalhista.

1 RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Desconsideração da personalidade jurídica e processo. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 80

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil. 2ª ed. São Paulo: Método. 2015. P. 143

3 COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 126-127

4 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Estudos de direito público e privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 109

5 BERTOLDI, Marcelo. Curso avançado de direito comercial. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 166.

6 ROMITA, Arion Sayão. Direito do trabalho: temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. P. 763-764

7 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. P. 447-448. p. 447-448.

8 RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim.

Desconsideração da personalidade jurídica e processo. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 91

9 RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Desconsideração da personalidade jurídica e processo. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 105-106

10 MACHADO, Hendel Sobrosa. Responsabilidade dos administradores e sócios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 14

11 Hendel Sobrosa Machado faz específica alusão a essas situações, ao indicar que “O pequeno acionista não poderá ser responsabilizado pois não participa de forma decisiva para a tomada de decisões empresariais[...] A personalidade jurídica não pode ser desconsiderada de forma direta contra companhias de capital aberto ou acionistas passivos, nestes últimos incluídos os sócios minoritários os acionistas sem opção de voto”. MACHADO, Hendel Sobrosa. Responsabilidade dos administradores e sócios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 112

Publicado originalmente no site Migalhas



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria-Geral da República

Nº 213.047/2017-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.467/2017, dita “Reforma Trabalhista”. Assistência judiciária gratuita. Alterações dos arts. 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Violação do acesso à justiça (art. 5º, *caput*, XXXV e LXXIV, da Constituição da República.)

O **Procurador-Geral da República**, com fundamento nos artigos 102, inciso I, alíneas *a* e *p*, 103, inc. VI, e 129, inc. IV, da Constituição da República, no art. 46, parágrafo único, inc. I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

**ação direta de inconstitucionalidade,**

**com pedido de medida cautelar, contra o artigo 1º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, que aprovou a denominada “Reforma Trabalhista”, nos pontos em que altera ou insere disposições**

nos arts. 790-B, *caput* e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º, do Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, o qual aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

## 1 OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

### **LEI 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017**

Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

[...]

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.” (NR)

.....

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência,

fixados entre o mínimo de 5% (...) e o máximo de 15% (...) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

[...]

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

.....  
“Art. 844. ....

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.”

Os dispositivos apontados apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, em violação aos arts. 1º, incisos III e IV;<sup>1</sup> 3º,

<sup>1</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”.

incs. I e III;<sup>2</sup> 5º, *caput*, incs. XXXV e LXXIV e § 2º;<sup>3</sup> e 7º a 9º da Constituição da República.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

<sup>3</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...].

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>4</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...].

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...].

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por

## 2 FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Para promover a denominada reforma trabalhista, com intensa desregulamentação da proteção social do trabalho, a Lei 13.467/2017 inseriu 96 disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a maior parte delas com redução de direitos materiais dos trabalhadores.<sup>5</sup>

Com propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho,<sup>6</sup> a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista.

Assim o fez ao alterar os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação, e autorizar uso de créditos trabalhistas auferidos em qualquer processo, pelo demandante beneficiário de justiça gra-

---

meio dele defender.”

<sup>5</sup> A Lei 13.467/2017 facilita uso do trabalho autônomo (CLT, art. 442-B), amplia a contratação terceirizada de mão de obra (art. 2º), institui modalidades contratuais ultraflexíveis, como o trabalho intermitente (CLT, art. 452-A), fomenta negociação coletiva com finalidade redutora de direitos de fonte legal (CLT, arts. 611-A e 611-B), inclusive em matérias relativas a saúde e segurança do trabalhador (CLT, art. 611-A, XII), flexibiliza a composição salarial (CLT, art. 457, §§ 2º e 4º) e a jornada de trabalho (CLT, arts. 59, §§ 5º e 6º, 59-A, 59-B, 611-A, I a III, e 611-B, parágrafo único), dificulta a equiparação salarial (CLT, art. 461, §§ 1º e 5º), entre outras medidas redutoras de garantias materiais dos trabalhadores.

<sup>6</sup> Conforme justificativas dos pareceres ao projeto de lei 6.787, de 2016, da Câmara dos Deputados (PLC), e do PL 38, de 2017, do Senado Federal. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PL 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 69. Parecer do relator do PLC 38/2017, do Senado Federal, Senador RICARDO FERRAÇO, p. 55.



tuita, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência. Mesma inconstitucionalidade cometeu ao inserir no § 2º do art. 844 da CLT previsão de condenação do beneficiário de justiça gratuita a pagamento de custas, quando der causa a arquivamento do processo por ausência à audiência inaugural, o que se agrava ante a previsão inserida no § 3º, que condiciona o ajuizamento de nova demanda ao pagamento das custas devidas no processo anterior:

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, o direito de acesso aos tribunais já foi considerado como concretização do princípio estruturante do estado de direito.<sup>7</sup> Reconhecido no plano internacional como direito humano, encontra previsão nos artigos 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de dezembro de 1948;<sup>8</sup> no artigo 14 (item 1) do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (PISDCP), de 19 de dezembro de 1966,<sup>9</sup> e no artigo 8 (item 1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novem-

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491.

<sup>8</sup> “Artigo 8. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si.

<sup>9</sup> “Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...]”. Promulgada pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

bro de 1969, que enuncia de forma específica o direito de acesso à jurisdição trabalhista:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>10</sup>

A Constituição de 1988 consagra a garantia de amplo acesso à jurisdição no art. 5º, XXXV e LXXIV, que tratam dos direitos a inafastabilidade da jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados.<sup>11</sup>

Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantias de amplo e igualitário acesso a justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.

Com isso, atentam contra o mais elementar mecanismo de ampliação das garantias jurisdicionais que, na clássica obra de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, constituiu a primeira das três ondas renovatórias de acesso à justiça no século XX: a assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados, em superação ao obstácu-

<sup>10</sup> Promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

<sup>11</sup> Transcritos na nota 3.

lo econômico de acesso à justiça, especialmente para tutela de direitos econômicos e sociais.<sup>12</sup>

Mais grave é isso ocorrer na Justiça do Trabalho, constitucionalmente vocacionada ao atendimento de demandas da grande massa trabalhadora em busca de solução de conflitos decorrentes da violação (não raro sistemática) de seus direitos laborais.<sup>13</sup>

A legislação impugnada investe contra garantia fundamental da população trabalhadora socialmente mais vulnerável e alveja a tutela judicial de seus direitos econômicos e sociais trabalhistas, que integram o conteúdo mínimo existencial dos direitos fundamentais, na medida de sua indispensabilidade ao provimento das condições materiais mínimas de vida do trabalhador pobre.

Ao impor maior restrição à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho, mesmo em comparação com a Justiça Comum, e ao desequilibrar a paridade de armas processuais entre os litigantes trabalhistas, as normas violam os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Em face da intensidade dos obstáculos econômicos impostos aos direitos fundamentais dos demandantes pobres, as normas impugnadas ainda incorrem em inconstitucionalidade por violação aos

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

<sup>13</sup> Essa primeira onda se dispõe a enfrentar o obstáculo por meio da criação de órgãos estatais voltados a prestar aos pobres informação a respeito de seus direitos e da eliminação ou redução dos custos dos processos, inclusive quanto a honorários de advogado. SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo de Oliveira (org.). *Direito e justiça*. São Paulo: Ática, 1989, p. 45-46.

princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, configurando desvio de finalidade legislativa.

## 2.2 RESTRIÇÕES INCONSTITUCIONAIS DE ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

### 2.2.1 Inconstitucionalidade de Honorários Periciais e Advocáticos contra Beneficiário de Justiça Gratuita

Dispõem os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, na redação conferida pela nova legislação, ora impugnada (sem destaque no original):

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, **ainda que beneficiária da justiça gratuita.**

[...]

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

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% ([...]) e o máximo de 15% ([...]) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

[...]

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, **desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa**, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob

condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A **assistência judiciária gratuita** na Justiça do Trabalho é disciplinada pelo art. 14, *caput*, da Lei 5.584, de 26 de junho de 1970, em vigor, segundo o qual, no processo do trabalho, “a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.<sup>14</sup>

O benefício da **gratuidade judiciária**<sup>15</sup> encontra-se disciplinado pelo § 3º do art. 790 da CLT. Antes da reforma, ele vigorava na redação dada pela Lei 10.537, de 27 de agosto de 2002, que destinava o benefício da gratuidade àqueles que (a) percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que (b) declarassem, sob as penas da lei, não estar em condição de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> “Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

<sup>15</sup> Conforme FREDIE DIDIER JÚNIOR e RAFAEL OLIVEIRA, “justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários do advogado. Assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular”. DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50)*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 6-7.

<sup>16</sup> “§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal,

A Lei 13.467/2017 alterou esse § 3º e substituiu o critério configurador de insuficiência de recursos. Facultou ao juízo conceder gratuidade judiciária “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (...) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (RGPS).<sup>17</sup> O novo § 4º do dispositivo, também inserido pela reforma, assegura gratuidade à parte que comprovar insuficiência de recursos para pagar as custas do processo.<sup>18</sup>

A respeito da “faculdade” de que trata o § 3º, em linha textual idêntica à do enunciado revogado, GABRIEL SAAD, JOSÉ EDUARDO SAAD e ANA MARIA CASTELO BRANCO defendem tratar-se de dever estatal fundado no art. 5º, LXXIV, da CR, sempre que configurada carência de recursos para atender às despesas processuais:

O teor do inciso LXXIV do art. 5º da Lei Fundamental (“*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”) não se trata de uma faculdade do magistrado, mas um dever, se comprovada a condição de necessitado do autor ou do réu.

É, portanto, dever do Estado prestar tal assistência a quem provar não possuir recursos para suportar as despesas processuais. A Lei 1.060/50 regula essa norma constitucional.  
[...]

O legislador, no tocante ao benefício da justiça gratuita, insiste no erro de considerar faculdade do juiz deferi-lo ou

---

ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

<sup>17</sup> “§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (...) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

<sup>18</sup> “§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

não. Entendemos que, provado ser a parte um necessitado, deve o juiz outorgar-lhe o benefício da justiça gratuita.

À semelhança do que estabeleceu a Constituição, no preceito inciso LXXIV do art. 5º, com referência ao dever do Estado de prestar assistência judiciária aos necessitados, caberia à lei ordinária dizer, às expensas, que o juiz é obrigado a conceder o benefício da gratuidade a quem não tiver recursos para atender às despesas processuais.<sup>19</sup>

Em idêntico sentido, tranquila jurisprudência trabalhista garante gratuidade de custas e despesas processuais à parte que comprovar insuficiência de recursos, nos termos do art. 790, § 3º, da CLT, combinado com dispositivos da Lei 1.060/1950.<sup>20</sup>

Esses dispositivos da Lei 1.060/1950 foram em parte derogados e substituídos pelos arts. 98 a 102 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil). O art. 98, *caput*, não deixa dúvida de que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 1.304.

<sup>20</sup> “RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. 1 – Para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, que não se confunde com a habilitação para a condenação ao pagamento de honorários assistenciais ou advocatícios, é suficiente que seja declarada a condição de pobreza, nos termos do § 1º do artigo 4º da Lei nº 1.060/50 (com a redação da Lei nº 7.510/86) e da OJ nº 304 da SBDI-1 do TST. E, nos termos da OJ nº 269 da SBDI-1, pode ser requerido a qualquer tempo ou em qualquer grau de jurisdição. 2 – Não há exigência de padrão formal para a declaração de pobreza, a qual se pode extrair das alegações da parte sobre sua condição econômica, que não lhe permita demandar sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, o que se constata no caso dos autos, pela leitura das razões do recurso ordinário do reclamante [...]”. TST. 6ª Turma. Recurso de revista 943001820095120021. Rel.: Min. KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 18 dez. 2015.

<sup>21</sup> “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorá-

Acerca do direito a justiça gratuita à parte que comprovar insuficiência de recursos e de sua abrangência na Justiça do Trabalho, a legislação reformista não alterou substancialmente o cenário normativo. Inseriu mera substituição do patamar salarial para aferir o direito à gratuidade, antes fixado em múltiplos de salários mínimos (dois salários) e agora em percentual (40%) do teto de benefícios do RGPS.

Honorários periciais no processo do trabalho já eram devidos pela parte sucumbente na pretensão objeto de perícia, “salvo se beneficiária da justiça gratuita”, conforme texto anterior do art. 790-B, *caput*, da CLT, inserido pela Lei 10.537/2002. A redação da legislação impugnada passou a exigir pagamento de honorários periciais de sucumbência também dos beneficiários de justiça gratuita (*caput*).

Nesse aspecto reside inconstitucionalidade, que se espria sobre o § 4º do dispositivo, por atribuir ao beneficiário de justiça gratuita o pagamento de honorários periciais de sucumbência sempre que obtiver “créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo”. A norma desconsidera a condição de insuficiência de recursos que justificou o benefício.

O mesmo ocorre com o § 4º do novo art. 791-A da CLT, inserido pela lei impugnada, relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência. Por muito tempo a jurisprudência trabalhista entendeu-os indevidos, em face da capacidade postulatória das partes (CLT, art. 791),<sup>22</sup> salvo na hipótese de assistência judiciária gratuita prestada por sindicato da categoria profissional. Nesse caso, a jurisprudência reconhecia devidos honorários em favor do sindicato,

---

rios advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

<sup>22</sup> “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”



por força do art. 16 da Lei 5.584/1970,<sup>23</sup> em percentual não superior a 15%, por aplicação do art. 11, § 1º, da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.<sup>24</sup> Firmou-se nesse sentido a súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 14/1985 do TST).<sup>25</sup>

Influenciado pela Emenda Constitucional (EC) 45, de 30 de dezembro de 2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para causas não estritamente trabalhistas, e pelo novo Código de Processo Civil (CPC), que passou a disciplinar a gratuidade judiciária (arts. 98 a 102), recentemente o TST alterou a súmula 219 e passou a admitir pagamento de honorários advocatícios de sucumbência também na hipótese em que o sindicato atue como substituto processual, em ação rescisória e em causas não derivadas de relação de emprego (Resolução 204/2016, do TST).<sup>26</sup>

<sup>23</sup> “Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.”

<sup>24</sup> “Art. 11 [...]”

1º Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% ([...]) sobre o líquido apurado na execução da sentença.” Revogado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o novo CPC.

<sup>25</sup> “Súmula 219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

<sup>26</sup> Súmula 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, *DEJT* divulgado em 17, 18 e 21 mar. 2016. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I). II – É cabível a con-

O novo art. 791-A da CLT ampliou a incidência de honorários advocatícios de sucumbência para todas as causas trabalhistas (*caput*), até em sucumbência recíproca, em caso de procedência parcial (§ 3º).<sup>27</sup>

O § 4º do dispositivo impugnado, nos moldes do § 4º do art. 790-B (quanto aos honorários periciais), considera devidos honorários advocatícios de sucumbência por beneficiário de justiça gratuita, sempre que “tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. Também aqui a norma ignora a condição de insuficiência de recursos que deu causa ao benefício.

Nessas disposições reside a colisão com o art. 5º, LXXIV, da Constituição, ao impor a beneficiários de justiça gratuita pagamento de despesas processuais de sucumbência, até com empenho de créditos auferidos no mesmo ou em outro processo trabalhista, sem que esteja afastada a condição de pobreza que justificou o benefício.

---

denação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.”

<sup>27</sup> “Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”.

A noção de insuficiência de recursos, para os fins da norma de direito fundamental, encontra-se tradicionalmente conformada, no processo do trabalho, pelo art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970, o qual trata da assistência judiciária gratuita. Segundo essa norma, assistência judiciária gratuita é devida ao trabalhador cuja “situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, ainda que perceba salário superior ao patamar indicado, de dois salários mínimos (sem destaque no original):

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dúbio do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua **situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.**<sup>28</sup>

Articulada com a nova redação do art. 790 da CLT, essa disposição garante **direito a gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho** àquele que se enquadrar em patamar salarial de até 40% do teto de benefícios da Previdência Social (CLT, art. 790, § 3º) e àquele que, mesmo percebendo salário superior, demonstrar situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo próprio e da família (Lei 5.584/1970, art. 14, § 1º). Definido encontra-se, portanto, o direito a gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho.

As normas impugnadas confrontam e anulam essas condições conformadoras da insuficiência de recursos, pois permitem empenho

---

<sup>28</sup> A disposição inspira-se no enunciado do art. 4º da Lei 1.060/1950, derogado pela Lei 13.105/2015: “Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, **sem prejuízo próprio ou de sua família**”. Sem destaque no original.

de créditos trabalhistas para custear despesas processuais, sem condicioná-los a perda da condição de insuficiência econômica. Contrapondo as normas ordinárias delimitadoras do direito fundamental (CR, art. 5º, LXXIV), os dispositivos impugnados esvaziam seu conteúdo e inviabilizam ao demandante pobre a assunção dos riscos da demanda. Padecem, por isso, de inconstitucionalidade material.

Relativamente a honorários periciais, dispõe o novo art. 790-B, § 4º, da CLT que a União somente responderá pela despesa caso o beneficiário de justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo.

Concessão de justiça gratuita implica reconhecimento de que o beneficiário não dispõe de recursos para pagar custas e despesas processuais **sem prejuízo de seu sustento e de sua família**, na linha do art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970. Essa premissa se ancora nas garantias constitucionais de acesso à jurisdição e do mínimo material necessário à proteção da dignidade humana (CR, arts. 1º, III, e 5º, LXXIV). Por conseguinte, créditos trabalhistas auferidos por quem ostente tal condição não se sujeitam a pagamento de custas e despesas processuais, salvo se comprovada perda da condição.

Relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência, o novo art. 791-A da CLT, inserido pela legislação reformista, prevê suspensão de exigibilidade de seu pagamento, em favor do beneficiário de justiça gratuita, pelo prazo de dois anos, sob condição de cobrança se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a gratuidade.

Nessa suspensão de exigibilidade não reside inconstitucionalidade. Disposição idêntica encontra-se no art. 98, § 3º, do CPC de 2015, que disciplina a justiça gratuita relativamente à cobrança de

despesas processuais decorrentes da sucumbência (sem destaque no original):

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 ([...]) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que **deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade**, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Na hipótese, a obrigação somente se torna exigível se no prazo da suspensão obrigacional o credor demonstrar perda da situação de insuficiência de recursos, o que se alinha ao art. 5º, LXXIV, da Constituição. Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 249.003/RS. Reputou compatível com o art. 5º, LXXIV, da CR, o art. 12 da Lei 6.050/1950<sup>29</sup> e, por equivalência, o art. 98, § 3º, do CPC, que o derroga e substitui com idêntica disposição.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

<sup>30</sup> “EMBARGOS DECLARATÓRIOS E AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES. CONVERSÃO DO EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVOS INTERNOS. JULGAMENTO CONJUNTO. RECEPÇÃO DO ART. 12 DA LEI 1.060/50. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

1. De acordo com a jurisprudência do STF, as custas dos serviços forenses se dividem em taxa judiciária e custas em sentido estrito. Precedentes.

2. O art. 12 da Lei 1.060/50 foi recepcionada quanto às custas processuais em sentido estrito, porquanto se mostra razoável interpretar que em relação às custas não submetidas ao regime tributário, a ‘isentar’ o jurisdicionado beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é o estabelecimento, por força de lei, de uma condição suspensiva de exigibilidade.

O problema aqui reside em que o art. 791-A, § 4º, da CLT condiciona a própria suspensão de exigibilidade dos honorários advocatícios de sucumbência a inexistência de crédito trabalhista capaz de suportar a despesa. Contraditoriamente mais restritiva à concessão de gratuidade judiciária do que a norma processual civil, dispõe a norma reformista que a obrigação de custear honorários advocatícios de sucumbência ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, “desde que [o beneficiário de justiça gratuita] não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”.

A norma desconsidera a condição econômica que determinou concessão da justiça gratuita e subtrai do beneficiário, para pagar despesas processuais, recursos econômicos indispensáveis à sua subsistência e à de sua família, em violação à garantia fundamental de gratuidade judiciária (CR, art. 5º, LXXIV).

---

3. Em relação à taxa judiciária, firma-se convicção no sentido da recepção material e formal do artigo 12 da Lei 1.060/50, porquanto o Poder Legislativo em sua relativa liberdade de conformação normativa apenas explicitou uma correlação fundamental entre as imunidades e o princípio da capacidade contributiva no Sistema Tributário brasileiro, visto que a finalidade da tributação é justamente a realização da igualdade.

4. Agravos regimentais providos, para fins de consignar a recepção do artigo 12 da Lei 1.060/50 e determinar aos juízos de liquidação e de execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferidos no curso da fase cognitiva.” STF. Plenário. RE 249.003/RS. Rel.: Min. EDSON FACHIN. *DJe*, 9 maio 2016.

## 2.2.2 Inconstitucionalidade do Pagamento de Custas Processuais por Beneficiário de Justiça Gratuita

Idêntica violação à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos desfere o art. 844, § 2º, da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017 (sem destaque no original):

Art. 844. O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

[...]

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, **ainda que beneficiário da justiça gratuita**, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Imposição de pagamento de custas por reclamante beneficiário de justiça gratuita em razão de arquivamento decorrente de ausência à audiência inicial (§ 2º), até como condição a propositura de nova demanda (§ 3º)<sup>31</sup>, ignora a condição de insuficiência de recursos que justificou o benefício, único pressuposto constitucional à configuração do direito, segundo o art. 5º, LXXIV, da Constituição.

Além de violar a norma de direito fundamental, a disposição afronta tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, acima referidas, que garantem pleno acesso a justiça – artigo 14 (item 1) do PIDCP e artigo 8 (item 1) do Pacto de São José da Costa Rica. Tais disposições, que gozam de reconhecido *status* de supralegalida-

<sup>31</sup> “§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.”

de (CR, art. 5º, § 2º),<sup>32</sup> são frontalmente contrariadas pela legislação ordinária.

Conforme justificativa do relatório do projeto de lei 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, que deu origem à norma impugnada, o art. 844, § 2º, teria por finalidade “desestimular a litigância descompromissada”.<sup>33</sup> A condenação em custas, até como condição para ajuizar nova demanda trabalhista, assumiria aspecto de sanção processual de natureza punitiva ao comportamento negligente do demandante.

Como sanção a medida não se legitima, porém, seja por ausência de taxatividade da conduta como passível de sanção processual, seja pela intensidade da punição, a ponto de aniquilar a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita aos necessitados de recursos (art. 5º, LXXIV), consequência incompatível com o princípio da proporcionalidade.

Sem tipificação legal da conduta (ausência injustificada a audiência) como passível de sanção processual, o propósito punitivo da norma assume caráter de desvio de finalidade legislativa. O art. 793-B da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017,<sup>34</sup> contempla taxativa-

<sup>32</sup> STF. Plenário. RE 466.343/SP. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. *DJe*, 5 jun. 2009.

<sup>33</sup> “A regra geral do *caput* do art. 844 é mantida, ou seja, arquivamento, no caso de não comparecimento do reclamante, e revelia e confissão, caso o reclamado não compareça. Todavia, **para desestimular a litigância descompromissada**, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior”. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PLC 6.787, de 2016, p. 74. Sem destaque no original.

<sup>34</sup> “Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;



mente as condutas processuais consideradas como litigância de má fé, e o art. 793-C, também inserido pela legislação reformista, identifica as sanções aplicáveis à parte que atue de forma desleal, temerária e descompromissada, como pagamento de multa, além de indenização, honorários advocatícios e despesas efetuadas pela parte contrária.<sup>35</sup>

Especificamente quanto à ausência do demandante à audiência inaugural, o 732 da CLT já institui impedimento temporário do direito de demandar perante a Justiça do Trabalho, por período de seis meses, àquele que, por duas vezes seguidas, der causa a arquivamento de demanda.<sup>36</sup>

Possível caráter punitivo da medida em nada altera a carência de recursos que determinou o direito de acesso gratuito à jurisdição. Exigência de pagamento de custas como condição para aforar nova demanda trabalhista por trabalhador carecedor de recursos (CLT, art. 844, § 3º) constituirá obstáculo definitivo a novo acesso desse

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

<sup>35</sup> “Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% ([...]) e inferior a 10% ([...]) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.”

<sup>36</sup> “Art. 732. Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 ([...]) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844”. Dispunha o anterior art. 731 da CLT: “Art. 731. Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 ([...]) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho”.

cidadão à Justiça do Trabalho. Sem dispor de recursos para pagar as custas do processo anterior, ficaria impossibilitado de novo acesso à jurisdição trabalhista.

A medida sancionatória assume consequência desproporcionalmente gravosa à garantia de inafastabilidade da jurisdição, inscrita no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, com repercussão restritiva também sobre o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*): ausência de demandante pobre à audiência ensejaria consequência muito mais gravosa do que aos demais trabalhadores que, podendo pagar as custas do processo anterior, teriam novamente franqueado acesso à jurisdição trabalhista, sujeitando-se apenas à sanção temporária prevista no art. 732 da CLT, na hipótese de dois arquivamentos seguidos. A norma, portanto, onera mais gravosa e odiosamente os cidadãos mais vulneráveis, que recebem proteção especial da Constituição.

O novo § 2º (especialmente quando combinado com o § 3º) do art. 844 da CLT padece de vício de proporcionalidade e de isonomia, por impor restrição desmedida a direitos fundamentais, a pretexto de obter finalidade passível de alcance por vias processuais menos restritivas. As normas violam o direito a jurisdição em sua essência, como instrumento de tutela de direitos econômicos básicos do ser humano trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e à da família, inclusive como pressuposto para exercício das liberdades civis e políticas.

Direito a jurisdição é, nesse sentido, a mais importante garantia de eficácia dos direitos fundamentais. Sem garantia de acesso à jurisdição trabalhista, os direitos fundamentais sociais, despidos de efetividade, reduzem-se a miragens e frustram o projeto constitucional democrático de sociedade justa e solidária (arts. 1º, IV, e 3º, I).

Merece transcrição, a esse respeito, o que observa CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (sem destaque no original):

O direito à jurisdição é a primeira das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, como anteriormente frisado. Jurisdição é direito-garantia sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e declarados ou constituídos pela Lei Magna ou outro documento legal, tem exercício assegurado e lesão ou ameaça desfeita eficazmente. Primeiramente, o direito à jurisdição é a garantia fundamental das liberdades constitucionais. **Sem o controle jurisdicional, todos os agravos às liberdades permanecem no limbo político e jurídico das impunidades. Todas as manifestações da liberdade, todas as formas de seu exercício asseguradas de nada valem sem o respectivo controle jurisdicional.** A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é falaciosa, não beneficia o indivíduo, pois não passa de ilusão de direito, o que sempre gera o acomodamento estéril e a desesperança na resistência justa e necessária. **Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam suas artes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição.** É que sem este direito plenamente assegurado e exercitável o espaço para as estripulias dos ditadores é mais vasto e o descontrolo de seus comportamentos confere-lhes a segurança de que eles se vêm necessitados de continuar no poder. **O direito à jurisdição, ao garantir todos os direitos, especialmente aqueles considerados fundamentais, confere segurança jurídica mais eficaz ao indivíduo e ao cidadão,** gerando, paralelamente, a permanente preocupação dos eventuais titulares dos cargos públicos com a sociedade e com os limites legais a que se encontram sujeitos.<sup>37</sup>

Por isso a gratuidade judiciária assume caráter de extrema relevância social na Justiça do Trabalho. Trata-se de meio indispensá-

<sup>37</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 42-43.

vel ao trabalhador pobre para buscar tutela de direitos vinculados à contraprestação pelo trabalho (CR, arts. 7º a 9º e 114), bem econômico elevado a instrumento constitucional de afirmação da dignidade dos trabalhadores (CR, arts. 1º, III e VI, 170 e 193) e que, por isso, não raro, assume caráter de mínimo existencial.

### 2.2.3 Gratuidade Judiciária ao Trabalhador Pobre como Garantia Inerente ao Mínimo Existencial

Ao pleitear na Justiça do Trabalho cumprimento de direitos trabalhistas inadimplidos, os trabalhadores carecedores de recursos, com baixo padrão salarial, buscam satisfazer prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e à da família. O art. 790, § 3º, da CLT, e o art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970, oferecem elementos suficientes a identificar o destinatário do direito a gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho.

Condição indispensável à existência humana digna, saudável e autônoma, o trabalho constitui direito fundamental social (CR, arts. 1º, IV, 5º, XIII, e 6º), e seus rendimentos, para o trabalhador pobre destinatário de gratuidade judiciária, integram a noção de mínimo existencial, porque essenciais ao sustento material básico.<sup>38</sup>

Esse sustento, na noção constitucional do salário mínimo (CR, art. 7º, IV), compreende amplo rol de prestações essenciais à digni-

<sup>38</sup> Como exemplos dos direitos fundamentais sociais mais básicos do ser humano, que integram o mínimo existencial, CRISTINA QUEIROZ cita trabalho, saúde e educação, que devem ser tomados como direitos subjetivos na parcela eminentemente necessária para respeito à dignidade humana: Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173 e 214.

dade dos trabalhadores. Estatui a norma que o salário deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Para MARIA ELISA VILLAS-BÔAS, ainda que não haja consenso acerca da noção de mínimo existencial, alguns elementos são inafastáveis do conceito, como “vida, saúde, identidade, alimentação regular, vestuário básico, moradia, nível basal de educação, direitos trabalhistas essenciais à não escravização, bem como o acesso à justiça apto a garantir isso”.<sup>39</sup> Densa doutrina dos direitos fundamentais reconhece o mínimo existencial como pressuposto para exercício (real) da liberdade, tanto na esfera privada quanto em público. Acolhem esse fundamento, com matizes específicos, JOHN RAWLS,<sup>40</sup> FRIEDRICH HAYEK,<sup>41</sup> AMARTYA SEN,<sup>42</sup> ROBERT ALEXY<sup>43</sup>

<sup>39</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. In: *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 15, p. 70, jul./dez. 2007.

<sup>40</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000; RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>41</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985. v. 2 – A miragem da justiça social. p. 82-128.

<sup>42</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

e CARLOS SANTIAGO NINO.<sup>44</sup> No Brasil, citam-se exemplificativamente RICARDO LOBO TORRES<sup>45</sup> e FERNANDO FACURY SCAFF.<sup>46</sup>

Créditos trabalhistas auferidos em demandas trabalhistas propostas por trabalhadores pobres assumem, pois, inegável caráter de **mínimo existencial**, como núcleo irredutível do princípio da dignidade humana (CR, art. 1º, III). Teleologicamente, essas verbas trabalhistas, marcadas pelo caráter alimentar, não diferem das prestações estatais de direitos sociais voltadas à garantia de condições materiais mínimas de vida à população pobre, a que o STF confere natureza de mínimo existencial.

É sólida a jurisprudência da Corte em reconhecer inconstitucionalidade por omissão de comportamento estatal que frustre a concretização de direitos fundamentais de segunda geração, identificados com as liberdades positivas, inclusive com superação da reserva do financeiramente possível, quando constatado arbítrio estatal aniquilador do direito ao mínimo existencial. Decisões nesse sentido amparam pedidos de realização dos direitos sociais fundamentais à saúde (arguição de descumprimento de preceito fundamental 45/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO; RE com agravo [ARE] 727.864/PR, rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 642.536/AP, rel. Min. LUIZ FUX; RE 745.745/MG, rel. Min. CELSO DE MELLO), ao

<sup>44</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. ampl. e rev. Buenos Aires: Astrea, 2007. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. NINO, Carlos Santiago. *Autonomía y necesidades básicas*. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, 7, 1990. Disponível em < <http://bit.ly/2vpBsV3> > ou < <http://doxa.ua.es/article/view/1990-n7-autonomia-y-necesidades-basicas> >; acesso em 23 ago. 2017.

<sup>45</sup> TORRES, Ricardo Lobos. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>46</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: *Interesse público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.

atendimento de gestantes em maternidades estaduais (ARE 581.352/AM, rel. Min. CELSO DE MELLO), à instalação de rede de esgoto (ARE 949.214/RJ, rel. Min. EDSON FACHIN), à implantação de serviço de educação básica (RE 878.400/RS, rel. Min. LUIZ FUX; ARE 761.127/AP, rel. Min. ROBERTO BARROSO) e de segurança pública (ARE 723.578/RN, rel. Min. ROSA WEBER), de atendimento infantil em creche e em pré-escola (RE 410.715/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO; agravo regimental no ARE 639.337/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 698.258/SP, rel. Min. TEORI ZAVASCKI), entre outros.

Julgado paradigmático a respeito da garantia do mínimo existencial encontra-se no RE 567.985/MT, rel. Min. MARCO AURÉLIO, redator para acórdão o Min. GILMAR MENDES, em que o STF reputou inconstitucional o critério de renda mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, fixado pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), para concessão do benefício assistencial de um salário mínimo mensal, previsto art. 203, V, da Constituição, às pessoas com deficiência e aos idosos “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.<sup>47</sup>

A Corte constatou o fenômeno de inconstitucionalização da norma, especialmente decorrente de sucessivas elevações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais, o que teria tornado o critério

---

<sup>47</sup> “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

concessivo do benefício constitucional violador da isonomia (CR, art. 5º, *caput*) e da dignidade humana (CR, art. 1º, III). Valeu-se de sólida argumentação do Min. MARCO AURÉLIO, ancorada em variada composição doutrinária acerca do reconhecimento de um **direito subjetivo de natureza pública à esfera de proteção material básica**, que constitui condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Explorando a tríplice dimensão do princípio de proteção da dignidade humana (como valor intrínseco, como autonomia e como valor comunitário), o voto conduz a consenso sobre a necessidade de proteção do mínimo existencial:

[...] O conteúdo do princípio da dignidade humana é matéria que suscita controvérsias doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais – refiro-me, no particular, ao voto do Ministro DIAS TOFOLLI proferido no Recurso Extraordinário nº 363.889, no qual Sua Excelência consignou: “se para tudo há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá” Afirma-se, então, que o princípio permitiria a defesa de qualquer posição jurídica quando a lide refletir os denominados “desacordos morais razoáveis”, caracterizados pela contraposição de óptica igualmente plausível por meio de argumentos de índole pública. A ubiquidade do uso da dignidade na argumentação jurídica, embora seja crítica legítima, merece exceção no caso em apreço. Explico.

Em recente estudo, LUÍS ROBERTO BARROSO (*Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*, texto inédito em língua portuguesa) destaca que o substrato do conceito de dignidade humana pode ser decomposto em três elementos, a saber: (i) valor intrínseco, (ii) autonomia e (iii) valor comunitário.

Como “valor intrínseco”, a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do amplamente divulgado imperativo



categórico kantiano: “age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio”. Impede-se, de um lado, a funcionalização do indivíduo e, de outro, afirma-se o valor de cada ser humano independentemente de suas escolhas, situação pessoal ou origem. Ensina o citado autor:

É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, u valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável (p. 3).

[...]

Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes que concernem especificamente à vida de um indivíduo. O Supremo, ao emprestar interpretação conforme à Constituição aos dispositivos do Código Civil que dispõem sobre as uniões estáveis, para neles incluir as uniões homoafetivas, protegeu, segundo penso, exatamente essa concepção de dignidade. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, relator Ministro AYRES BRITTO, fiz ver:

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. [...] A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto.

Ora, para que uma pessoa seja capaz de mobilizar a própria razão em busca da construção de um ideal de vida boa – que, no final das contas, nos motiva a existir –, é fundamental que lhe sejam fornecidas condições materiais mínimas. Nesse aspecto, a previsão do artigo 203, inciso V, da Carta Federal também opera em suporte dessa concepção de vida digna.

O autor – LUÍS ROBERTO BARROSO – entende a dignidade ainda como um “valor comunitário”. Atuaria o instituto não

apenas como proteção da esfera individual, mas como limitador do exercício de direitos individuais, resguardando-o coletivamente. Tais aspectos estão ancorados, em alguma medida, nas compreensões morais coletivas e nas práticas arraigadas no meio social.

**Nesse último ponto, está incluída a ideia maior de solidariedade social, alçada à condição de princípio pela Constituição.**

[...]

No direito pátrio, vale referir à construção de MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, p. 138).

**Mostra-se possível discordar, em tese, do arranjo sistemático antes revelado, mas não se pode negar a relação entre a dignidade e (i) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial.**

Ora, a eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo. Sem condições materiais, não pode haver um cidadão pleno, apto a participar nos debates públicos, a produzir argumentos e críticas. Se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, é a respeito da existência do dever do Estado de entregar um conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência do indivíduo, reconhecida tanto pelos defensores do liberalismo, entre os quais se destaca JOHN RAWLS (*Liberalismo político*, 1999, p. 32-33), como por aqueles que extraem os direitos fundamentais da teoria do discurso, caso de JÜRGEN HABERMAS (*Direito e democracia entre facticidade e validade*, v. I, 2006, p. 159-160). Mesmo os que defendem a integração maior entre o Direito e a comunidade, conferindo a esta papel preponderante na definição dos limites dos direitos fundamentais, não escapam a essa compreensão. A propósito, afirma o filósofo do Direito MICHAEL WALZER:

Nenhuma comunidade pode permitir que seus membros morram de fome quando há alimentos disponíveis para eles; nenhum governo pode permanecer passivo numa ocasião dessas – se alega ser governo da comunidade, por ela e para ela (*Esferas de justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade*, 2003, p. 105).

A visão está igualmente no direito brasileiro, do qual cito as obras de ANA PAULA DE BARCELLOS (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008), INGO WOLFGANG SARLET (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010), RICARDO LOBO TORRES (*O direito ao mínimo existencial*, 2009) e MARIA CELINA BODIN DE MORAES (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, p. 105-147). **Com diferentes pressupostos, todos concordam com a necessidade de proteção do mínimo existencial.** Sobre o tema, ensina ANA PAULA DE BARCELLOS:

Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo

mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. [...] **Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites.** (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008, p. 282).

[...]

Mesmo que tais elementos não convençam, o constituinte instituiu o dever do Estado de prover assistência aos desamparados. Com base no artigo 6º da Carta, compele[m]-se os poderes públicos a realizar políticas públicas para remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição [...].<sup>48</sup>

Elementos argumentativos dessa natureza, presentes na jurisprudência do STF e fundados na proteção da dignidade humana, conduzem à inafastável conclusão de que o direito a assistência judiciária gratuita (CR, art. 5º, LXXIV), prerrogativa básica essencial à viabilização de direitos fundamentais, constitui veículo de garantia do mínimo existencial e assume esse caráter extremo de direito irre- dutível.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> STF. RE 567.985/MT. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. *DJe* 194, 2 out. 2013. Sem destaque no original.

<sup>49</sup> Posição defendida por TIAGO FENSTERSEIFER, relativamente ao caráter essencial da assistência judiciária gratuita prestada pela defensoria pública, em cumprimento ao direito fundamental previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição: “[...] para além dos direitos propriamente ‘materiais’ que integram o seu conteúdo, conforme destacados anteriormente, o acesso à justiça ou mesmo o direito fundamental à assistência jurídica titularizado pelas pessoas necessitadas, por sua vez, configura-se como ‘elemento instrumental’ do di-

No julgamento da ADI 2.903-7/PB, relator o Min. CELSO DE MELLO, em que se discutiu concorrência legislativa entre a União e os estados para legislar sobre organização da defensoria pública, o STF atribuiu à assistência judiciária gratuita aos necessitados (CR, art. 5º, LXXXIV) caráter essencial, como direito a ter direitos:

[...] DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA – INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO – O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA.

[...]

– De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como

reito ao mínimo existencial. Isso porque, em linhas gerais, o conteúdo dos demais direitos que compõem o mínimo existencial resultaria completamente esvaziado sem a possibilidade de as situações concretas de violações ou ameaça de violações a tais direitos serem levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. No âmbito de um Estado de Direito, conforme refere ANA PAULA DE BARCELLOS, ‘não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos’, de tal sorte que ‘dizer que o acesso à justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário’. Seguindo o mesmo raciocínio, BITENCOURT NETO pontua que ‘o acesso à justiça é parte relevante do direito ao mínimo para uma existência digna. Tal direito de demandar judicialmente o Estado nascerá quando, por algum motivo – falta de alimento, moradia, ensino básico, algum problema de saúde, entre outros – a dignidade da existência esteja em risco de não merecer o respeito a ela devido’. Nesse ponto reside a importância crucial de o direito fundamental à assistência jurídica integrar o conteúdo, mesmo que com uma natureza instrumental, do direito ao mínimo existencial.” FENSTERSEIFER, Tiago. Assistência jurídica aos necessitados integra direito ao mínimo existencial. *Consultor jurídico*. Disponível em: < <http://bit.ly/2pe8vtt> > ou < <http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/tribuna-defensoria-assistencia-juridica-integra-direito-minimo-existencial> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

**DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES – DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA – CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) – A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA [...].<sup>50</sup>**

Em recursos que cuidam de Compelir o poder público à implantação e criação da defensoria pública, o STF reputa grave e intolerável a omissão estatal em implantar e disponibilizar às pessoas carentes de recursos o serviço de assistência judiciária gratuita (CR,

<sup>50</sup> STF. Plenário. ADI 2.903/PB. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe*, 19 set. 2008. Sem destaque no original.

art. 5º, LXXIV), conforme impõe o art. 134 da Constituição,<sup>51</sup> por frustrar injustamente a proteção do **mínimo existencial**.

Nos embargos de declaração no agravo de instrumento 598.212/PR, relator o Min. CELSO DE MELLO, que cuida da implantação de defensoria pública na Comarca de Apucarana (PR), o STF afastou a objeção da reserva do financeiramente possível, com base em parâmetros mínimos de restrição a direitos fundamentais, como os fundados na proteção do mínimo existencial. Vejam-se excertos da ementa e do corpo do julgado:

[Ementa:] AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À

<sup>51</sup> “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais [...]”.

ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) [...]

[...]

– Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

– O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs.

– É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

[...]

– A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de



programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, *v.g.* Doutrina.

[...]

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

[...]

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Informativo/STF* nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – consoante observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, **sob pena de ofensa determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de**

**retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso [...].<sup>52</sup>**

Na decisão do AgR/RE 763.667/CE, o Tribunal justifica a imposição judicial de criação da Defensoria Pública na Comarca de Groaíras (CE), com esteio no dever estatal de atribuir às pessoas economicamente desprivilegiadas a condição essencial de titulares do “direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social”, sob pena de violação de um dos objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade justa, fraterna e solidária (CR, art. 3º, I), como mostra o seguinte excerto do julgado:

[...] É preciso reconhecer, desse modo, que assiste, a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar daquelas que nada têm e que de tudo necessitam –, uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades.

Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

É que, sem se reconhecer a realidade de que a Constituição impõe, ao Estado, o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível

<sup>52</sup> STF. 2ª Turma. Embargos de declaração no agravo de instrumento 598.212/PR. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe* 77, 23 abr. 2014. Sem o destaque do texto no original.

construir a igualdade, nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I). [...]<sup>53</sup>

Idêntico entendimento houve nas decisões proferidas nos agravos 835.956/MA;<sup>54</sup> 739.151/PI<sup>55</sup> e 764.969/RS.<sup>56</sup>

Por sua relevância social, a matéria relativa a provimento de cargos de defensor público em localidades desamparadas teve repercussão geral reconhecida no RE 887.671/CE, relator o Min. MARCO AURÉLIO, caso-líder do tema 847 do repertório de repercussão geral do STF, pendente de julgamento.<sup>57</sup> Em parecer nesse processo, a Procuradoria-Geral da República defende a constitucionalidade da imposição judicial de implantação de defensoria pública nos locais onde não estiver, para dar concretude à garantia de acesso a justiça. Não apenas como meio de acesso ao Judiciário, mas também como **forma de buscar pacificação da sociedade com paridade de armas, para extirpar a desproporção de condições materiais entre litigantes**. Conforme ali se expôs, sem adequada assistência integral aos necessitados, desrespeitam-se os princípios da isonomia (CR, art. 5º, *caput*), da ampla defesa (CR, art. 5º, LV), do devido processo legal (inc. LIV) e da inafastabilidade da jurisdi-

<sup>53</sup> STF. 2ª Turma. RE 763.667/CE. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe* 246, 12 dez. 2013.

<sup>54</sup> STF. 1ª T. Ag 835.956/MA. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. *DJe* 125, 28 jun. 2013.

<sup>55</sup> STF. 1ª T. Agravo regimental no Ag 739.151/PI. Rel.: Min. ROSA WEBER. *DJe* 112, 11 jun. 2014.

<sup>56</sup> STF. 2ª T. Ag 764.969/RS. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe* 250, 17 dez. 2013.

<sup>57</sup> Tema 847 de repercussão geral, pendente de julgamento: Definição dos limites à atuação do Poder Judiciário quanto ao preenchimento de cargo de defensor público em localidades desamparadas.

ção (inc. XXXV), com risco evidente de lesão ao direito material pleiteado ou a ser postulado.

Na Justiça do Trabalho, essas razões se potencializam. Não dispõe o trabalhador pobre de assistência judiciária gratuita regularmente prestada pela Defensoria Pública (DP). Não obstante a previsão do art. 14 da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994 (que organiza a DP da União, do Distrito Federal e dos territórios), de que sua atuação se dará em todos os ramos do Judiciário da União, inclusive na Justiça do Trabalho,<sup>58</sup> o órgão não direciona ordinariamente suas atividades a demandas trabalhistas, por não considerá-las prioritárias em suas atribuições,<sup>59</sup> salvo em caso de trabalho escravo.<sup>60</sup>

Acesso à justiça implica também acesso a informação e orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, como imperativo de cidadania.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> “Art.14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

§ 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição referidos no *caput*, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar.

§ 2º Não havendo na unidade federada Defensoria Pública constituída nos moldes desta Lei Complementar, é autorizado o convênio com a entidade pública que desempenhar essa função, até que seja criado o órgão próprio”.

<sup>59</sup> Portaria DPGU 1, de 8 de janeiro de 2007. Disponível em < <http://bit.ly/2g5VGkq> > ou < [http://www.dpu.def.br/images/stories/In-foleg/portal\\_portarias/2007/2007portaria01.pdf](http://www.dpu.def.br/images/stories/In-foleg/portal_portarias/2007/2007portaria01.pdf) >; acesso em 23 ago. 2017.

<sup>60</sup> Portaria DPGU 501, de 1º de outubro de 2015, art. 3º, V. Disponível em < <http://bit.ly/2vZrLQs> > ou < <http://www.dpu.def.br/legislacao/portarias/28151-05-10-2015-portaria-n-501-de-01-de-outubro-de-2015-bei> >; acesso em 23 ago. 2017.

Na Justiça do Trabalho, dada a ausência de serviço regular de assistência jurídica oferecida pelo estado, ao demandante pobre sempre restou socorrer-se da assistência gratuita legalmente atribuída a sindicatos, onde houver, segundo o art. 14 da Lei 5.584/1970, ou recorrer a advogado particular, mediante pagamento de honorários contratuais. Dessa forma, a garantia do art. 5º, LXXIV, da Constituição, na Justiça do Trabalho, restringe-se à prestação estatal da gratuidade de custas e despesas processuais.

As normas impugnadas acentuam esse quadro de restrição à garantia constitucional, ao exigir dos demandantes pobres pagamento de verbas honorárias sucumbenciais, com uso de créditos auferidos em qualquer processo.

Sem assistência judiciária pública, o trabalhador beneficiário de justiça gratuita sujeita-se a pagamento de honorários contratuais ao próprio advogado (onde não houver assistência judiciária sindical), calculados sobre as verbas trabalhistas deferidas, além de honorários advocatícios e periciais de sucumbência, incidentes sobre pedidos improcedentes (CLT, arts. 790-A e 791-A). Ao final dessa conta, será compelido a abrir mão de verbas laborais essenciais ao sustento próprio e ao de sua família, em franca violação ao **mínimo existencial**.

Não procede argumentar ser facultativo contratar advogado para demandar perante a Justiça do Trabalho, em face do *jus postulandi* das partes, previsto no art. 791 da CLT.<sup>62</sup> Além das dificulda-

<sup>61</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 150.

<sup>62</sup> “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

des impostas por ausência de conhecimento, pelo demandante, das normas materiais e das técnicas processuais trabalhistas, essa capacidade postulatória das partes se limita às varas do trabalho e aos tribunais regionais do trabalho, mas não alcança recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho, ações rescisória e cautelar e mandado de segurança, conforme reconhece a súmula 425 do TST.<sup>63</sup> Isso torna inviável pleno patrocínio de demanda trabalhista sem advogado, o que é apreendido pela reforma trabalhista, ao instituir honorários advocatícios sucumbenciais (CLT, art. 791-A).

Por sua vez, a atividade pericial assume notada relevância social em demandas trabalhistas, porque voltada a apurar fatos relativos à saúde e segurança do trabalhador, obrigatória para caracterizar insalubridade e periculosidade (art. 195 da CLT)<sup>64</sup> e indispensável em ações decorrentes de acidente ou doença laborais.

Em demanda promovida por beneficiário de justiça gratuita, a atividade pericial assume caráter de essencialidade, especialmente quando apure doença ou acidente de trabalho fatal ou que limite ou incapacite o laborista para atividade profissional, o que confere à

---

<sup>63</sup> Súmula 425. “*JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, *DEJT* divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

<sup>64</sup> “Art. 195. A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. [...]”

§ 2º Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho”.

verba indenizatória indispensabilidade à subsistência do trabalhador vitimado e de sua família.

Inserindo-se esses direitos trabalhistas na esfera de proteção material básica, a gratuidade judiciária constitucionalmente destinada ao trabalhador pobre (art. 5º, LXXIV) assume caráter de **direito subjetivo de natureza pública**, que se manifesta como **direito de enfrentar os riscos naturais da demanda**, com vistas à satisfação de verbas alimentares, **em condições de paridade de armas** com o empregador, detentor do poder econômico. Sem essa garantia mínima, além de violação ao mínimo existencial, é também profunda a violação ao **princípio da isonomia** (CR, art. 5º, *caput*).

#### 2.2.4 Violação ao Princípio da Isonomia

As normas impugnadas violam o princípio constitucional da isonomia, tanto no plano institucional, ao criar restrições maiores à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho do que na Comum, quanto no plano das garantias processuais, ao submeter o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, para assumir os riscos da demanda trabalhista.

Conforme exposto, os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, impõem ao beneficiário de justiça gratuita na Justiça do Trabalho pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência sempre que auferir créditos em qualquer processo. O art. 98, § 3º, do CPC de 2015, em idêntica situação, mantém sob condição suspensiva a exigibilidade dos honorários, somente passíveis de execução se, nos cinco anos subsequentes ao trânsito em

julgado da decisão, “o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”.

Quanto às custas processuais, o novo § 2º, especialmente quando combinado com o art. 844, § 3º, da CLT, inserido pela reforma, impõe ao beneficiário de justiça gratuita na Justiça do Trabalho o pagamento de custas, em caso de arquivamento do processo decorrente de sua falta à audiência, até como condição para ajuizar nova demanda. Já o art. 90 do CPC de 2015, ao tratar da extinção do processo sem julgamento de mérito, inclusive por desistência, atribui ao demandante desistente responsabilidade pelo pagamento de custas e despesas processuais (*caput*), proporcionalmente à parcela objeto da desistência (§ 1º), mas não imputa essa responsabilidade ao beneficiário de justiça gratuita nem condiciona novo acesso à justiça a pagamento das custas do processo anterior.<sup>65</sup> Tal consequência também não se extrai dos arts. 98 a 102 do CPC, que tratam da gratuidade judiciária na Justiça Comum.

Tais distinções implicam paradoxo inconcebível à luz da ordem constitucional. Enquanto cidadãos carecedores de recursos encontram na Justiça Comum amplo acesso para defesa de seus direitos fundamentais, especialmente os direitos prestacionais inerentes ao mínimo existencial (verbas alimentares, benefícios previdenciários e assistenciais, medicamentos, serviços básicos de saúde e assistência social etc.), o trabalhador sem recursos é compelido a utilizar

---

<sup>65</sup> “Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

§ 1º Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu [...]”.



verbas alimentares, indispensáveis a seu sustento, auferidas em processo trabalhista, para pagar custas e despesas processuais.

A ruptura isonômica mais se acentua quando comparado esse novo cenário trabalhista com o dos juizados especiais cíveis (JECs) e criminais, disciplinados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Criados para “juízo e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo”, nos termos do art. 98, I, da Constituição,<sup>66</sup> eles constituem instrumento constitucional de ampliação do acesso à justiça, por meio de simplificação processual e aceleração de procedimentos. Atuando sob os princípios de oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual (Lei 9.099/1995, art. 2º),<sup>67</sup> os juizados especiais muito se aproximam do espírito vocacional da Justiça do Trabalho e por isso nela buscam inspiração.

Constitucionalmente destinada à tutela simplificada e célere de direitos laborais, a Justiça do Trabalho assume finalidade social específica e distinta dos fins da Justiça Comum.<sup>68</sup> Por isso, a especiali-

<sup>66</sup> “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...]”.

<sup>67</sup> “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

<sup>68</sup> Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “o primeiro e mais importante e mais importante princípio que informa o processo trabalhista, distinguindo-o do processo civil comum, é o da finalidade social, de cuja observância decorre uma quebra do princípio da isonomia entre as partes, pelo menos em relação à sistemática tradicional do direito formal”. THEODORO JÚ-

zação judiciária constitucional (arts. 111 a 117) e as especificidades do processo do trabalho, orientado por princípios similares aos dos juizados especiais, como os de conciliação (CLT, art. 764)<sup>69</sup>, oralidade (CLT, art. 840, § 2º)<sup>70</sup>, imediatidade (CLT, art. 820)<sup>71</sup>, concentração de atos em audiência (CLT, art. 849)<sup>72</sup>, busca da verdade real (CLT, art. 765)<sup>73</sup> e irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias (CLT, art. 893, § 1º).<sup>74</sup>

---

NIOR, Humberto. Os princípios do Direito Processual Civil e o Processo do Trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). *Compêndio de Direito Processual do Trabalho*: obra em homenagem a Celso Agrícola Barbi. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 62.

<sup>69</sup> “Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título”.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.”

<sup>70</sup> “§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo” (redação conforme Lei 13.467/2017).

<sup>71</sup> “Art. 820. As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados.”

<sup>72</sup> “Art. 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação”.

<sup>73</sup> “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

<sup>74</sup> “§ 1º Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

A simplicidade do acesso à Justiça do Trabalho encontra-se presente ainda no *jus postulandi* concedido às partes (CLT, art. 791)<sup>75</sup> e no pagamento de custas ao final da demanda, após trânsito em julgado da decisão (CLT, art. 789, § 1º).<sup>76</sup>

Nos Juizados Especiais vigora regime idêntico de *jus postulandi* das partes em causas com valor até 20 salários mínimos (Lei 9.099/1995, art. 9º)<sup>77</sup>. Diferentemente da Justiça do Trabalho, nos juizados a norma ordinária concede gratuidade judiciária em primeiro grau de jurisdição e somente admite condenação em custas e honorários de sucumbência em grau recursal (Lei 9.099/1995, art. 54)<sup>78</sup>, salvo em caso de litigância de má fé (art. 55)<sup>79</sup>.

Segundo o estudo *Justiça em Números 2016*, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015 os juizados especiais estaduais e federais somaram 6.360.854 novos casos, e a Justiça do

<sup>75</sup> Não obstante as limitações expostas no item anterior, objeto da súmula 425 do TST.

<sup>76</sup> “§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal”.

<sup>77</sup> “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória [...]”.

<sup>78</sup> “Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita”.

<sup>79</sup> “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa”.

Trabalho recebeu 3.401.510 novas demandas.<sup>80</sup> Os juizados especiais recebem quase o dobro de novas demandas anualmente, com direito a gratuidade judiciária em primeiro grau, inclusive em benefício de pessoas jurídicas de pequeno porte que auferam receita bruta de até R\$ 4,8 milhões,<sup>81</sup> enquanto na Justiça do Trabalho as normas impugnadas impõem pagamento de custas e despesas processuais a trabalhadores pobres, beneficiários de justiça gratuita, nas hipóteses descritas.

Observe-se o abismo que as normas impugnadas impõem ao tratamento da gratuidade judiciária entre órgãos do Judiciário com estreita identidade institucional, criando discrimen de acesso que não encontra justificativa constitucional, sob o ponto de vista da

<sup>80</sup> Em 2015, os juizados especiais federais tiveram 1.656.303 novos casos; os juizados especiais estaduais tiveram 4.704.551 novos casos. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Ver item 3.3.3 (Recorribilidade interna e externa), figura 3.8 – Diagrama da recorribilidade e demanda processual no Poder Judiciário. Disponível em < <http://bit.ly/2ebGHj5> > ou < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

<sup>81</sup> Lei 9.099/1995: “Art. 8º [...]”

§ 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: [...] II – as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte): “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: [...]”

II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 ([...]) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 ([...]).”

natureza dos direitos passíveis de tutela. Impõe-se obstáculo econômico muito superior à tutela de direitos sociais trabalhistas, comparativamente à de direitos sociais na Justiça Comum, especialmente nos JECs, a exemplo dos benefícios previdenciários e assistenciais.

De forma similar ao processo do trabalho, nos juizados especiais a ausência do autor à audiência inicial (como às demais) implica extinção do processo, e cabe ao demandante pagar custas, salvo comprovada força maior (Lei 9.099/1995, art. 51)<sup>82</sup>. Mesmo aí, porém, não impõe a lei pagamento de custas a beneficiário de justiça gratuita nem condiciona ajuizamento de nova demanda a quitação de custas do processo anterior, como o art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT.

Essa discriminação viola o **equilíbrio constitucional de tratamento** entre diferentes meios jurisdicionais de tutela de direitos fundamentais com idêntica natureza social. Para demandantes pobres, as normas impugnadas impõem à tutela jurisdicional de direitos sociais fundamentais trabalhistas (CR, arts. 7º a 9º) condições muito mais restritivas do que as exigidas pela legislação ordinária para tutela dos demais direitos sociais fundamentais previstos no art. 6º da Constituição (saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados), passíveis de defesa na Justiça Comum. Todos esses direitos versam indistintamente sobre prestações materiais básicas inerentes ao mínimo existencial.

---

<sup>82</sup> “Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo; [...].

§ 2º No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas”.

É inegável, pois, a violação da isonomia tutelar entre os direitos fundamentais do art. 6º da Constituição.

Também no plano das garantias processuais, as normas impugnadas submetem o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, com violação ao princípio isonômico (CR, art. 5º, *caput*), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à ampla defesa (art. 5º, LV).

Há quem identifique no processo do trabalho mecanismos de compensação de forças entre as partes – empregado e empregador –, em face da reconhecida desigualdade econômica, das diferentes capacidades para produção de provas e da ausência de garantia de estabilidade no emprego, que torna vulnerável o empregado demandante em sua situação de subordinação jurídica. Advoga MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO a existência de um **princípio de correção de desigualdade**, no processo do trabalho, que implica uso, pelo legislador, de mecanismos facilitadores da atuação processual do empregado.<sup>83</sup> Para WAGNER GIGLIO, trata-se de um **princípio de proteção processual**, identificado em mecanismos processuais de proteção ao trabalhador, para promoção de isonomia, tendo em vista que “justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desigualem”. Dentre tais mecanismos, cita o autor a assistência judiciária gratuita destinada aos trabalhadores pobres.<sup>84</sup>

A gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho exerce relevante papel equalizador de forças processuais, a fim de viabilizar ao trabalhador carecedor de recursos enfrentamento dos riscos naturais da

<sup>83</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho: Processo de Conhecimento*. V. I. São Paulo: LTr, 2009, p. 93-97.

<sup>84</sup> GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 67.

demanda, especialmente em relação às despesas processuais mais relevantes, como honorários periciais e também agora os honorários advocatícios de sucumbência.

As normas impugnadas destituem o trabalhador com baixo padrão salarial desse mecanismo de paridade de armas com o empregador e incutem-lhe temor de perda de verbas salariais para pagar essas despesas em caso de sucumbência, o que enseja restrição de acesso à jurisdição trabalhista e prestigia o descumprimento de direitos laborais, especialmente os relacionados à saúde e segurança do trabalho, cuja apuração judicial depende de perícia.

Acesso à justiça, segundo CAPPELLETTI e GARTH, pressupõe efetividade do processo, ideia cuja substância se traduz em **igualdade de armas**, como garantia de que o resultado final da demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas dos litigantes.<sup>85</sup> Sem essa paridade, no campo dos direitos sociais trabalhistas o resultado da demanda não traduzirá livre manifestação do direito de ação (CR, art. 5º, XXXV), mas será marcado por intimidação econômica ao trabalhador desprovido de recursos.

São inconstitucionais os arts. 790-B, § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, também por violação ao princípio da isonomia.

### 2.2.5 Acesso à Jurisdição Trabalhista como Garantia Institucional

GILMAR MENDES identifica a garantia de acesso à justiça (CR, art. 5º, XXXV e LXXIV) como típico caso de direito fundamental cuja realização depende tanto de providências estatais de criação e

<sup>85</sup> CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 10.

conformação de órgãos judiciários (direito à organização), como de medidas normativas processuais destinadas a ordenar a fruição do direito (direito a procedimento).<sup>86</sup>

Reconhecidos os **direitos à organização e a procedimento** como elemento essencial a realizar a garantia fundamental, leciona INGO SARLET que esse direito implica a possibilidade de exigir do estado e, de modo especial, do legislador, emissão de atos legislativos destinados a criar órgãos e a estabelecer procedimentos que visam a garantir fruição de garantias individuais fundamentais.<sup>87</sup>

No plano da garantia de acesso à jurisdição, isso corresponde a poder exigir do legislador instituição de órgãos judiciários aptos a tutelar direitos fundamentais e edição de normas processuais adequadas à garantia de acesso pleno, igualitário e efetivo a essa tutela, com superação de barreiras, inclusive econômicas.

Nas discussões sobre acesso efetivo à justiça, CAPPELLETTI e GARTH identificam como obstáculo histórico a essa efetividade a desigualdade econômica entre os litigantes, a ponto de se tornar vantagem estratégica das pessoas e organizações que possuam recursos para assumir os riscos econômicos da demanda, em relação aos adversos destituídos de meios. Como observam, a capacidade econômica, “em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa”, como elemento externo capaz de influenciar a efetividade do direito.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 474-475.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 196-197.



Por isso exatamente, segundo os estudiosos, o primeiro movimento nos países ocidentais democráticos (citam Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, França, Países Baixos, Áustria e Austrália, entre outros) para ampliação do acesso a justiça, concentrou-se, a partir de 1965, em proporcionar progressivamente serviços jurídicos gratuitos para os pobres.<sup>89</sup> Esses movimentos constituíram, segundo eles, esforços voltados a criar sociedades mais justas e igualitárias, provendo direitos substantivos aos mais fracos economicamente, inclusive os trabalhadores:

O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos.<sup>90</sup>

Possui esse espírito a garantia do art. 5º, LXXIV, da CR (assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados), voltada a superar obstáculo econômico ao exercício da ação, até como instrumento de paridade de armas, primado do devido processo legal (art. 5º, LIV).

<sup>88</sup> Dizem os autores: “Pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva.” CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 21.

<sup>89</sup> CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 31-49.

<sup>90</sup> CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 91.

Acesso à justiça também se amolda à noção de direito fundamental como norma de **garantia institucional**, que demanda do estado o dever constitucional de legislar para conformar os institutos jurídicos necessários à tutela judicial efetiva de direitos fundamentais, particularmente dos direitos sociais básicos. Destaca-se, para o trabalhador pobre, a garantia institucional de **acesso gratuito à Justiça do Trabalho** para defesa de direitos laborais de cunho mínimo existencial.

Substrato teórico germinal desse enfoque do direito fundamental como garantia institucional encontra-se na vasta experiência constitucional alemã, crucial para desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. A primeira formulação, na pioneira obra de CARL SCHMITT sobre a teoria da constituição, expõe que a regulação constitucional, para proteção especial a certas instituições, tem a finalidade de tornar impossível suprimir a garantia pela via legislativa ordinária. Após indicar exemplos de garantias institucionais na Constituição de Weimar, complementa:

Uma lei que suprimisse, por princípio, a burocracia profissional seria tão inconstitucional como uma lei que suprimisse a administração municipal autônoma, a família ou o direito de testar. Existem, pois, garantias institucionais com direitos subjetivos e sem eles; a proteção jurídica e a possibilidade de fazer valer pretensões também está conformada de modo muito diversificado; mas à essência da garantia institucional não corresponde nem um direito subjetivo nem a manutenção de uma via jurídica. A garantia constitucional da liberdade da ciência e de seu ensino (art. 142, Constituição alemã), chamada por R. SMEND (*Staatsrechtslehre* 1927 *AöR.* XIII, pág. 107) como “direito fundamental da universidade alemã” consiste numa garantia institucional. Não é um direito fundamental em sentido autêntico, mas significa uma proteção constitucional

contra a supressão legislativa, como é característico da garantia institucional.<sup>91</sup>

A preocupação de CARL SCHMITT concentrava-se na necessidade de traçar clara distinção entre os elementos subjetivo e objetivo da norma constitucional e delimitar campo de proteção independente da esfera individual, subjetiva, de proteção dos direitos fundamentais. A formulação seria resgatada no constitucionalismo do pós-guerra em outra perspectiva, que envolve o complexo mecanismo de tutela dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea. Conforme PAULO BONAVIDES, separação estrita entre garantias institucionais e direitos fundamentais não mais se justifica no contexto de constitucionalismo democrático, voltado à defesa dos direitos fundamentais. O papel relevante das garantias institucionais passa a ser o de propiciar tipo especial de proteção aos direitos fundamentais, em situações de potencial violação:

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.<sup>92</sup>

BONAVIDES segue a linha de J. J. GOMES CANOTILHO, que alerta, desde as primeiras edições de sua obra sobre Direito Constitucional, acerca da estreita relação das garantias institucionais com a proteção dos direitos fundamentais:

<sup>91</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 175-177.

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 451. Destaques no original.

As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de **garantias institucionais**.

Andam, muitas vezes, associadas às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção de direitos dos cidadãos.

[...]

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto “firmar”, “manter” ou “conservar” certas “instituições naturais” mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionadas ou coativas.

[...]

Ao estudarmos o problema das restrições aos direitos fundamentais ver-se-á melhor esta questão. Aqui apenas se volta a acentuar que as garantias institucionais contribuem, em primeiro lugar, para a *efectividade ótima* dos direitos fundamentais (garantias institucionais como meio) e, só depois, se deve transitar para a fixação e estabilização de entes institucionais.<sup>93,94</sup>

Aplicado ao tema desta ação, surge desse enfoque a garantia institucional de uma Justiça do Trabalho (CR, arts. 111 a 117) hígida, adequadamente dimensionada e amplamente acessível a todos aos que dela careçam, especialmente os trabalhadores pobres, para dar cobro à função constitucional de solver conflitos trabalhistas e atuar como veículo de tutela de seus direitos fundamentais sociais (CR, arts. 7º a 9º).

<sup>93</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: —; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 623.

<sup>94</sup> CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.044-1.045.

Apontando para a Constituição de 1988, que conferiu centralidade aos direitos sociais como **direitos fundamentais**, alçados a elementos essenciais ao estado democrático de direito, INGO SARLET chama a atenção dos poderes públicos, inclusive do legislador ordinário, para as **garantias institucionais** de proteção desses direitos:

Finalmente, a perspectiva objetiva permite a tutela das garantias institucionais, ou seja, a proteção de determinadas instituições de direito público e institutos de direito privado (sem desconsiderar aqui que o público e o privado se conectam e não constituem esferas isoladas) que, por sua relevância, **necessitam ser protegidos contra a ação erosiva do legislador.**<sup>95</sup>

[...]

Voltando-nos ao texto da Constituição Federal (1988), é facilmente perceptível que o art. 6º, onde estão sediados os direitos sociais básicos (sem prejuízo dos direitos específicos dos trabalhadores e outros direitos sociais), insere-se num contexto mais amplo no plano constitucional. Com efeito, o Preâmbulo já evidencia o forte compromisso com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Tal princípio, para além de outros aspectos dignos de nota, atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma **recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais**, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana. Além disso, a

<sup>95</sup> SARLET, *Direitos fundamentais em espécie*, ob. cit. na nota 93, p. 624. Sem destaque no original.

busca da justiça social, portanto, o compromisso com a realização dos direitos sociais, guarda sintonia com os objetivos fundamentais da República elencados no art. 3º da CF, que estabelece como norte, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais. O mesmo ideário consta do art. 170, que explicita a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica, vinculando esta última à garantia de uma existência digna para todos, conformada aos ditames da justiça social, de tal sorte que se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana é também o fundamento e o fim da ordem econômica na Constituição

[...]

Outro tópico que diz respeito ao regime jurídico dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais é o de sua **proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais.**<sup>96</sup>

Essas ponderações auxiliam a revelar a inconstitucionalidade das as normas impugnadas, ao instituírem obstáculo econômico ao acesso de demandantes pobres à Justiça do Trabalho, pois violam garantias institucionais inerentes à tutela de direitos sociais trabalhistas e à dimensão objetiva da proteção de direitos fundamentais.

### 2.2.6 Violação da Proporcionalidade e da Proibição de Excesso, Vício de Finalidade e Abuso Legislativo

Justificativa no relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei 6.787, de 2016, da Câmara dos Depu-

<sup>96</sup> SARLET, *Direitos fundamentais em espécie*, ob. cit. na nota 93, p. 615 e 622. Sem destaque no original.

tados (PLC), que deu origem ao art. 790-B, § 4º, aponta que a imputação de pagamento de honorários periciais sucumbenciais ao beneficiário de justiça gratuita teria por objetivo “restringir os pedidos de perícia sem fundamentação”, pois, ao “contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário”.<sup>97</sup>

De forma semelhante, segundo o mesmo relatório, o art. 791-A, que também imputa pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a beneficiário de justiça gratuita, teria por objetivo “inibir o ajuizamento de demandas trabalhistas baseadas em direitos ou fatos inexistentes” e de obter “imediate redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”.<sup>98</sup> Quanto ao § 2º (combinado com o § 3º) do art. 844, as medidas foram justificadas na finalidade de “ini-

<sup>97</sup> “O fato é que, hoje, a União custeia, a título de honorários periciais, valores entre dez a vinte milhões de reais por ano, para cada um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, somente em relação a demandas julgadas improcedentes, ou seja, **demandas em que se pleiteou o que não era devido**. Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente. Cabe ressaltar que **o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação**, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. Assim, a modificação sugerida não desampará o trabalhador cuja reclamação esteja fundamentada. **Além de contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário, que não mais terá que arcar com os honorários periciais**”. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PL 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 68-69.

<sup>98</sup> “Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PLC 6.787/2016, p. 69.

bir a demanda descompromissada”, evitando o descaso, “que gera ônus para o Estado”.<sup>99</sup>

Tais fundamentos padecem de irremediável déficit de legitimidade constitucional, porque, a pretexto de perseguir resultado econômico passível de alcance por meios alternativos, as medidas legais restringem radicalmente direito fundamental dos cidadãos pobres, de acesso gratuito à Justiça do Trabalho em defesa de direitos laborais (CR, art. 5º, LXXIV), alcançando resultado muito mais amplo e socialmente indesejado, consistente na **intimidação e restrição do pleno exercício da demanda trabalhista**, pelo trabalhador carecedor de recursos, em proveito exclusivo aos interesses do poder econômico. Essas consequências implicam violação ao princípio da proporcionalidade, que informa a noção de estado de direito.

Como visto, é firme a jurisprudência do STF em afastar a reserva do financeiramente possível quando necessário a coibir violação aniquiladora do direito ao mínimo existencial,<sup>100</sup> como ocorre no caso, fundamento suficiente para objetar, em face da Constituição, as justificativas econômicas a que se apegou o legislador refor-

<sup>99</sup> “O tratamento dado ao tema pela CLT incentiva o descaso da parte reclamante com o processo, sabedora de que poderá ajuizar a ação mesmo se arquivada em mais duas oportunidades. Esse descaso, contudo, gera ônus para o Estado, que movimenta a estrutura do Judiciário para a realização dos atos próprios do processo, gera custos para a outra parte que comparece à audiência na data marcada, e caracteriza um claro tratamento não isonômico entre as partes [...]. Todavia, para desestimular a litigância descompromissada, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior”. *Idem*, p. 74.

<sup>100</sup> Exemplos de decisões nesse sentido, em proteção ao direito social à saúde: ADPF 45/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 727.864/PR, rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 642.536/AP, rel. Min. LUIZ FUX; RE 745.745/MG, rel. Min. CELSO DE MELLO.



mista para editar as normas impugnadas. Ainda assim, estas afrontam a relação minimamente exigível de adequação e razoabilidade entre meios e fins e revelam caráter inadequado, desnecessário e discriminatório das medidas que veiculam, contrários a bens e valores tutelados pela ordem constitucional.

As medidas são inadequadas, pois não se prestam a inibir custos judiciais com demandas trabalhistas infundadas. Para esse fim, dispõe o sistema processual de meios de sanção à litigância de má fé, caracterizada por pretensão ou defesa judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CLT, art. 793-B, I) e pela alteração em juízo da verdade dos fatos (art. 793-B, II).<sup>101</sup>

Em vez de inibir demanda infundada, a cobrança de custas e despesas processuais ao beneficiário de justiça gratuita enseja intimidação econômica ao demandante pobre, por temor de bloqueio de créditos alimentares essenciais à subsistência, auferidos no processo, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência (arts. 790-B e 791-A da CLT).

São desnecessárias, no sentido estrito do princípio da proporcionalidade, ante a existência de meios menos gravosos a direitos fundamentais e igualmente eficazes para obter o resultado econômico pretendido, como a incorporação dos custos da gratuidade judiciária no valor da taxa judiciária. Segundo o STF, embora essa taxa deva sujeitar-se a limite viabilizador do acesso à justiça, seu valor “deve ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que está vinculada”.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Inseridos pela Lei 13.467/2017.

<sup>102</sup> STF. Plenário. MC/ADI 1.772/MG. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. *DJe*, 8 set. 2000.

Constitucionalmente inviável é a transferência desse custo ao cidadão carecedor de recursos, em prejuízo de seu sustento e de sua família e em afronta à garantia fundamental de gratuidade judiciária que, por si, justifica solução de custeio amparada na solidariedade tributária (CR, art. 145, § 1º).

As normas impugnadas veiculam forte caráter discriminatório, aos sacrificar mais intensamente os trabalhadores pobres, violando o **princípio de solidariedade social** que se infere do art. 3º, I e III, da Constituição, como objetivo fundamental da República.<sup>103</sup>

Revela-se caráter abusivo dessa legislação, em confronto com a **proibição de excesso**, segundo a qual não pode o estado legislar abusivamente para lograr resultados que esvaziem o conteúdo de direitos fundamentais. Reconheceu-o o STF ao julgar a ADI 1.407/DF, de cuja ementa se extrai orientação adequada a este debate:

**[...] O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.** O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da

<sup>103</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstração instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador [...].<sup>104</sup>

O postulado hermenêutico da proporcionalidade como critério de aferição de constitucionalidade de normas legais foi adotado pelo STF em diversos julgados, como estes: RE 418.376/MS, rel. Min. MARCO AURÉLIO; AgR/RE 364.304/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES; *habeas corpus* 84.862/RS, rel. Min. CARLOS VELLOSO; ADI 2.868/PI, rel. Min. AYRES BRITTO; RE 346.084/PR, rel. Min. ILMAR GALVÃO; RE 413.782/SC, rel. Min. MARCO AURÉLIO.

A gravidade das violações a direitos fundamentais, com restrição ao mínimo existencial e afronta à proporcionalidade, além do efeito intimidador à demanda trabalhista, alinhado a interesses puramente econômicos, torna questionável a lisura da finalidade legislativa das normas impugnadas, pretensamente voltadas a reduzir custos de excessiva judicialização trabalhista brasileira.

Informação que embasou o parecer do relator do PLC 38, de 2017, Senador RICARDO FERRAÇO, aponta que “o país é responsável por 98% das ações trabalhistas do planeta, tendo apenas 3% da população mundial”. Todos os anos, diz o relatório, “produzimos mais ações judiciais na área do que a soma de outros países”.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> STF. Plenário. MC/ADI 1.407/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe*, 7 mar. 1996. Sem destaque no original.

<sup>105</sup> Parecer do relator do PL 38/2017, do Senado Federal, Senador RICARDO FERRAÇO, p. 55.

Análise apurada da informação revela sua debilidade de fundamento, seja por ausência de fonte científica e de suporte empírico, seja por mera improbabilidade matemática de que no restante do planeta apenas 81 mil ações trabalhistas sejam ajuizadas anualmente, em relação aos cerca de 4 milhões de demandas laborais promovidas a cada ano no Brasil. Somente nos Estados Unidos, é provável que aproximadamente 1,7 milhão de ações laborais sejam propostas anualmente, o que demonstra a fragilidade dos elementos em que se embasou a justificativa do PL.<sup>106</sup>

Apenas no Reino Unido, em 2015, foram propostas 81 mil novas demandas trabalhistas, após redução média de 67% do nú-

<sup>106</sup> Analisando a judicialização trabalhista nos Estados Unidos, por ausência de fonte segura de dados, CÁSSIO CASAGRANDE propõe a seguinte projeção: “A Justiça Federal norte-americana de primeira instância recebeu em 2016 o total de 291.851 ações civis, dentre as quais as ações relativas a disputas patrão-empregado. Destas ações civis, 32.480 são ações que no Brasil considerariamos “trabalhistas”, pois decorrem de questões sobre discriminação no trabalho (envolvendo a *Civil Rights Act* e [o] *Americans with Disabilities Act*) e de direitos relativos a reconhecimento de vínculo de emprego, diferenças salariais e horas extras (*Federal Labor Standards Act* – FLSA) e planos de previdência privada decorrentes do contrato de trabalho (*Employment Retirement Income Security Act* – ERISA). Ou seja, **11,18% das ações civis na Justiça Federal dos EUA são ações de natureza trabalhista**. Mas, repita-se, este é um universo de apenas 2%, porque as mesmas ações trabalhistas são ajuizadas também na Justiça dos Estados, em razão da competência concorrente nesta matéria. Bem, a Justiça Federal cobre todos os Estados Unidos, de modo que, embora receba apenas uma parcela ínfima dos processos, ela representa uma amostragem perfeita da litigância nacional em matéria trabalhista. Assim, projetando-se este percentual de 11,18% sobre os quinze milhões de ações civis nas justiças estaduais, há razoável segurança para estimar que os processos trabalhistas na Justiça dos Estados devem girar em torno de 1,7 milhão ao ano”. CASAGRANDE, Cássio. Brasil, “campeão de ações trabalhistas”: como se constrói uma falácia. *Jota*. Disponível em < <http://bit.ly/2tYSObv> > ou < <https://jota.info/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

mero de novas ações, comparativamente a 2014.<sup>107</sup> Essa redução drástica se deu por causa da norma *The Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order*, de 2013, que passou a prever cobrança de taxas para demandas trabalhistas. Estima-se que a redução abrupta de novas demandas trabalhistas se tenha dado pelo alto risco econômico da sucumbência. O número de trabalhadores ingleses envolvidos em disputas trabalhistas em 2015 (81.000) foi o menor desde 1891, queda drástica em relação aos 733.000 processos trabalhistas ajuizados em 2014.<sup>108</sup>

Em decisão de 27 de julho de 2017, a Suprema Corte do Reino Unido, julgando o caso *R versus Lord Chancellor*, declarou ilegalidade da norma, por violação da garantia de acesso a justiça, tanto sob a ótica da legislação doméstica, quanto da legislação comunitária da União Europeia. Afirmou que o direito de acesso a justiça é inerente às regras do direito, e necessário assegurar que as regras estabelecidas pelo Parlamento sejam aplicadas e cumpridas. A corte identifica como um dos objetivos da legislação dissuadir demandas infundadas (finalidade coincidente com a justificativa da legislação brasileira). Porém, aponta que o fato de as custas serem reembolsáveis em caso de êxito não afasta a violação do acesso a justiça, porque esse direito não pode ficar restrito aos que possuam habilidade de trazer a juízo pretensões vitoriosas.

<sup>107</sup> *Labour disputes: labour disputes annual estimates*. Disponível em: < <http://bit.ly/1F62CUR> > ou < <http://www.personneltoday.com/hr/employment-tribunal-claim-statistics-remain-subdued/> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

<sup>108</sup> *Labour disputes in the UK: 2015 – Analysis of UK labour disputes in 2015, including working days lost, stoppages and workers involved*. Disponível em: < <http://bit.ly/2v6sl0d> > ou < <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/workplacedisputesandworkingconditions/datasets/labourdisputeslabourdisputesannualestimates> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

Constatou que as ações trabalhistas ajuizadas após cobrança das taxas judiciárias tiveram incidência ainda maior de insucesso, quando comparadas com as do período anterior. Disso extraiu que a taxaço do serviço judiciário não foi eficaz para desestimular demandas infundadas, mas apenas reduziu o acesso dos cidadãos à jurisdição trabalhista, por temor de perda econômica.<sup>109</sup> Concluiu que a mera taxaço violou de forma intensa o acesso a justiça das pessoas com menores rendimentos, para as quais o pagamento das taxas implica sacrifício às despesas normais e necessárias a manter padrão de vida aceitável.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> “57. Um objetivo secundário da criação de custas foi impedir o ajuizamento de demandas inconsistentes. O Relatório de Revisão analisou os resultados de demandas individuais que haviam sido propostas após as custas serem criadas e comparou-as com o resultado de casos durante os três trimestres anteriores à criação das custas. Os resultados mostram que a proporção de demandas bem-sucedidas tem sido consistentemente menor desde que as custas foram criadas, enquanto a proporção de demandas malsucedidas tem sido consistentemente maior. As estatísticas do tribunal, que registram os números de todas as ações, mostram a mesma tendência. O Lord Chancellor reconhece que não há base para concluir que apenas demandas mais consistentes estejam sendo propostas.” No original: “57. A secondary objective of the introduction of fees was to deter the bringing of unmeritorious claims. The Review Report analysed the outcomes of single claims which had been presented after fees were introduced, and compared them with the outcome of cases during the three quarters preceding the introduction of fees. The results show that the proportion of successful claims has been consistently lower since fees were introduced, while the proportion of unsuccessful claims has been consistently higher. The tribunal statistics, which record the figures for all claims, show the same trend. The Lord Chancellor accepts that there is no basis for concluding that only stronger cases are being litigated”. The United Kingdom Supreme Court [2017] UKSC 51, On appeal from: [2015] EWCA Civ 935, 26 July 2017. Disponível em < <http://bit.ly/2nHjY5M> > ou < <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0233.html> >; acesso em 23 ago. 2017.

<sup>110</sup> “93. Em segundo lugar, como explicado, o próprio Relatório de Revisão estimou que cerca de 10% dos demandantes, cujos pedidos foram comunicados à Acas [sigla de *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (Serviço de Assessoria, Conciliação e Arbitragem)], mas não resultaram em acordo ou

Esse comparativo demonstra o quanto as normas impugnadas ensejam sacrifício desmedido ao direito de acesso a justiça, quando impõem ao trabalhador pobre brasileiro temor econômico de perda de uma ação legítima à Justiça do Trabalho, notadamente ante o contexto de pobreza neste país, aliada a baixa remuneração do trabalho e à extrema desigualdade social, especialmente nas regiões economicamente mais desfavorecidas dos países.

---

em demanda perante uma vara trabalhista [em inglês, ET = *Employment Tribunal*], afirmaram que não iniciaram processo porque não podiam pagar as custas. O Relatório de Revisão sugere que eles podem apenas ter querido dizer que pagar as custas significaria reduzir ‘outras’ áreas de gastos não essenciais a fim de economizar o dinheiro. Não é óbvio o motivo por que a explicação dada pelos demandantes não deveria ser aceita. Mas mesmo se a sugestão do Relatório de Revisão estiver correta, não é uma resposta completa. A questão de se as custas restringem o acesso a justiça deve ser decidida de acordo com o impacto provável das custas no comportamento no mundo real. Custas devem, portanto, ser suportáveis não apenas em sentido teórico, mas no sentido de que possam ser razoavelmente suportadas. Se os lares de baixa a média rendas somente puderem suportar as custas sacrificando gastos ordinários e razoáveis exigidos para manter o que seria geralmente considerado como um padrão aceitável de vida, as custas não podem ser consideradas como suportáveis.” No original: “93. Secondly, as explained earlier, the Review Report itself estimated that around 10% of the claimants, whose claims were notified to Acas but did not result either in a settlement or in a claim before an ET, said that they did not bring proceedings because they could not afford the fees. The Review Report suggests that they may merely have meant that affording the fees meant reducing “other” areas of non-essential spending in order to save the money. It is not obvious why the explanation given by the claimants should not be accepted. But even if the suggestion in the Review Report is correct, it is not a complete answer. The question whether fees effectively prevent access to justice must be decided according to the likely impact of the fees on behaviour in the real world. Fees must therefore be affordable not in a theoretical sense, but in the sense that they can reasonably be afforded. Where households on low to middle incomes can only afford fees by sacrificing the ordinary and reasonable expenditure required to maintain what would generally be regarded as an acceptable standard of living, the fees cannot be regarded as affordable”. *Vide* referência do julgamento na nota anterior.

UADI LAMMÊGO BULOS vislumbra desvio de finalidade legislativa quando o legislador, por maledicência ou inaptidão, se excede na liberdade de configuração normativa para promover fins discrepantes daqueles albergados por norma constitucional:

Pode ocorrer de os legisladores editarem leis que exorbitem as finalidades constitucionais. Praticam o mister legiferante de modo inapropriado, sem qualquer senso de lógica ou razoabilidade. Cometem exageros pela maledicência ou pela inaptidão de exercerem mandato para o qual foram eleitos. Daí elaborarem normas com escopos totalmente contrários àquilo que foi demarcado pelo constituinte originário. Quer dizer, extrapolam a imaginação criadora, perfeitamente admissível quando exercida à luz dos padrões supremos da norma de hierarquia máxima: a constituição. E nem se fale que os legisladores têm discricionariedade. O exagero da liberdade de configuração normativa deve ser repudiado.<sup>111</sup>

A abusividade legislativa, com violação da proporcionalidade, também justifica declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

### 3 PEDIDO CAUTELAR

Sobejam os requisitos para concessão de medida cautelar. Sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos, notadamente considerando a intensa violação ao direito fundamental de acesso à jurisdição trabalhista, dada a restrição à gratuidade judiciária, em prejuízo da população trabalhadora carecedora de recursos para demandar sem prejuízo de seu sustento.

<sup>111</sup> BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.



Parece evidente o perigo na demora processual (*periculum in mora*). A legislação impugnada (Lei 13.467/2017), publicada no *Diário Oficial da União* de 14 de julho de 2017, entrará em vigor no prazo de 120 dias da publicação (art. 6º), ou seja, em 11 de novembro de 2017. Se, antes disso, não tiver sua eficácia suspensa preventivamente, produzirá grave e irreversível prejuízo à população pobre carecedora de acesso à jurisdição trabalhista e a submeterá a condição de fragilidade para enfrentar os riscos da demanda, em defesa de seus direitos laborais.

Sem medida cautelar, os prejuízos serão ainda maiores para trabalhadores pobres que necessitem demandar direitos trabalhistas sujeitos a perícia técnica, geralmente referentes a descumprimento de medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, em face do alto custo da atividade pericial.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além de sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

#### 4 PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer que, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário, **medida cautelar** para suspender a eficácia das seguintes normas, inseridas pela Lei 13.467/2017:

- a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, inserida no *caput*, e do § 4º do art. 790-B da CLT;
- b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” no § 4º do art. 791-A da CLT;
- c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” no § 2º do art. 844 da CLT.

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017:

- a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, do *caput*, e do § 4º do art. 790-B da CLT;

b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” do § 4º do art. 791-A da CLT;

c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” do § 2º do art. 844 da CLT.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2017.

**Rodrigo Janot Monteiro de Barros**

Procurador-Geral da República

RJMB/HSA/WCS-PL.PGR/WS/208/2017

# REFORMA TRABALHISTA COM ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 6.787/2016

Luiz Eduardo Gunther

Em dez capítulos, o autor apresenta uma percuciente análise da proposta apresentada pelo Projeto de Lei n. 6.787 de 2016.

O capítulo primeiro introduz o tema. O capítulo segundo analisa a multa administrativa por empregado sem registro. O capítulo terceiro debruça-se sobre o trabalho em regime de tempo parcial. O capítulo quarto trata da representação dos trabalhadores na empresa. O capítulo quinto aprofunda o estudo sobre a flexibilização e a negociação coletiva, abordando aspectos importantes tais como: limites da negociação coletiva de trabalho; parcelamento das férias; jornada de trabalho; participação nos lucros e resultados da empresa; horas *in itinere*; intervalo intrajornada; ultratividade das normas coletivas; programa seguro-emprego; plano de cargos e salários; regulamento de empresa; banco de horas - jornada de trabalho móvel e flexível; trabalho à distância; remuneração por produtividade e gorjeta e registro de jornada de trabalho. O capítulo sexto aborda a ação anulatória de convenção e de acordo coletivo de trabalho. O capítulo sétimo, os prazos na Justiça do Trabalho. O capítulo oitavo o trabalho temporário. O capítulo nono o programa seguro-emprego. O capítulo décimo, os saques do FGTS de contas inativas.

Em sua introdução, o autor alerta que, em termos jurídicos, de nada adianta a instituição de reforma trabalhista que disponha sobre a ampla prevalência da negociação coletiva diante da legislação, se aquela estabelecer direitos em nível inferior a esta. A previsão nesse sentido, assevera, por contrariar a essência do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da Constituição da República), não terá validade (p. 12).



---

Reforma Trabalhista com análise do Projeto de Lei 6.787/2016.  
Gustavo Filipe Barbosa Garcia  
Salvador: JusPodivm, 2017

Em conclusão ao seu livro, alerta o doutrinador que “sem a intensa mobilização dos trabalhadores, é utópico esperar que os direitos sociais, arduamente conquistados ao longo dos anos, sejam ampliados ou até mesmo preservados” (p. 188).

Essa sua afirmação se aplicaria inclusive e especialmente no momento atual, “em que se instituem reformas diversas, notadamente nas áreas sociais mais sensíveis, que atingem de forma direta toda a população que vive da sua força de trabalho” (p. 188).

As reflexões apresentadas em todo o trabalho, especialmente na introdução e na conclusão, apontam graves preocupações quanto ao futuro relativamente à denominada Reforma Trabalhista.

## REFORMA TRABALHISTA E RETROCESSO SOCIAL: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O PLC 38/2017

Luiz Eduardo Gunther

Sob o formato de revista, o Instituto de Defesa da Classe Trabalhadora - DECLATRA apresenta, ao público leitor, trabalho crítico sobre a Reforma Trabalhista.

Trata-se de 14 textos que examinam detalhes sobre o que veio a ser concretizado na Lei n. 13.467 de 13.07.2017.

O primeiro texto, de autoria de Rubens Bordinhão Neto, denomina-se “O falso discurso da modernização da CLT”. O segundo, de Nasser Ahmad Allan, tem por título “A reforma trabalhista: contratos de emprego precários e organização sindical”. O terceiro, escrito por André Ricardo Lopes da Silva e Fabiana Baptista de Oliveira, tem por título “A tarifação do dano moral no projeto da reforma trabalhista”. O quarto, de Laura Maeda Nunes, trata do tema “Artigo 8º da CLT - ataque às fontes do Direito do Trabalho e à Justiça do Trabalho”. O quinto refere-se à “Correção monetária dos créditos e débitos trabalhistas”, de autoria de Carina Pescarolo. O sexto, de Francine Ioppi Leite, trata do tema do “Artigo 4º do PLC n. 38/2007 - tempo à disposição do empregador”. Maria Valéria Zaina escreve o sétimo artigo, sobre “Reforma trabalhista: dispensa coletiva, plano de demissão voluntária e quitação de verbas trabalhistas”. Rodrigo Thomazinho Comar escreve o oitavo texto, sobre “Blindagem empresarial: uma análise dos artigos 2º, § 3º, 10 e 448 do Projeto de Lei 6.787/16”. O nono texto, de Maria Vitória C.F. de Almeida, denomina-se “As conquistas sociais em marcha à ré: o fim do pagamento do tempo de deslocamento do local de moradia até o trabalho”. Paulo Roberto Koehler Santos escreve o décimo artigo: “Reforma Trabalhista e o fim da incorporação de função”. “Termo de quitação anual de obrigações trabalhistas” é o décimo primeiro artigo, de autoria de Vinicius Gozdecki Quirino Barbosa. Carolina de Quadros redige o décimo segundo artigo: “Equiparação salarial e a reforma trabalhista”. Jane Salvador de Bueno




---

Reforma Trabalhista e Retrocesso Social: Breves comentários sobre o PLC 38/2017

Nasser Ahmad Allan e outros (13)

Curitiba: Declatra, 2017

Gizzi apresenta o décimo terceiro artigo, denominado: “Uma análise preliminar da proposta de alteração do artigo 394-A da CLT e os riscos significativos à maternidade”. O último artigo, de Ricardo Nunes de Mendonça, intitula-se “O direito processual do trabalho em um paradigma neoliberal e neoconservador: o PLC n. 38/2017 como proposta de marco normativo de um processo precário e individualista”.

Como se observa, são textos críticos da novel Lei n. 13.467 de 13.07.2017, que passará a vigorar em 11 de novembro deste ano.

# REFORMA TRABALHISTA: ENTENDA PONTO POR PONTO

Luiz Eduardo Gunther

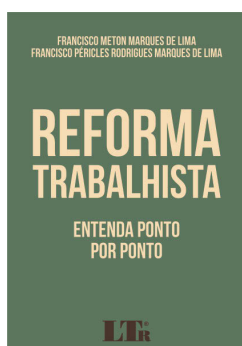
Trata-se de obra pioneira, editada logo em seguida à publicação da Lei n. 13.467/2017, que trata daquilo que se denominou Reforma Trabalhista.

Há uma introdução explicativa, dividindo-se o livro em seis partes. A primeira parte refere-se ao Direito Material do Trabalho. A segunda, ao Processo do Trabalho. A terceira, à terceirização. A quarta, à alteração na Lei do FGTS. A quinta, à alteração do salário de contribuição. E a sexta, e última, às revogações.

Duas importantes ressalvas são feitas pelos autores, na introdução. A primeira, que se trata de comentário objetivo, desapassionado e interdisciplinar. A segunda, que a Lei da Reforma Trabalhista mexe em mais de duzentos dispositivos da CLT e nas Leis do FGTS e de Custeio da Previdência Social, alterando todo o sistema trabalhista tradicional.

Esclarecem também que a verdadeira mudança almejada pela Lei da Reforma é ideológica. Em um primeiro eixo, ela objetiva encurtar o manto protetor do Estado sobre o trabalhador. Em um segundo eixo, dar leveza às relações de trabalho, com as facilidades da negociação direta entre patrões e empregados e facultando a negociação dos direitos das categorias pelos sindicatos.

Acentuam que muitos pontos dessa lei não resistem ao confronto com a Constituição e os direitos fundamentais, colidindo com cláusulas pétreas ou invadindo seara privativa de Emenda Constitucional.



---

Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto  
Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima  
São Paulo: LTr, 2017



De qualquer modo, ao tratar das revogações determinadas no art. 5º da Lei da Reforma, salientam tratar-se de revogações expressas, eis que muitas normas resultarão revogadas por outros critérios, tais como esvaziamento da matéria pela Lei Nova, ou incompatibilidade com esta.

Muitas normas, esclarecem, sofrerão derrogação, ou revogação parcial. E concluem, citando Ihering: o direito é como uma máquina, que só se revela no funcionamento prático.

## TRABALHISTA! O QUE MUDOU?

**Luiz Eduardo Gunther**

O trabalho realizado possui apresentação do Professor José Pastore e prefácio do Deputado Federal Rogério Marinho.

Na contracapa indica-se que a obra destina-se a empresários, administradores, pessoal de RH, contadores, trabalhadores, estudantes e sindicatos.

O autor se apresenta como juiz, que já foi empregado e empresário, professor nos cursos de Direito e Administração e esteve no coração da Reforma Trabalhista, como membro da equipe de redação em Brasília, defendendo o texto na Câmara e no Senado.

O slogan da obra direciona-se para a dualidade: como era? como ficou? A proposta é explicar didaticamente todas as mais de duzentas mudanças na lei, com breves comentários e indicações para aplicações práticas no dia a dia.

Em 59 itens, ou capítulos, o autor analisa as questões mais importantes reveladas pela reforma, iniciando pelo negociado prevalente em relação ao legislado e concluindo pela análise da prescrição no processo de execução.

O Professor José Pastore, na apresentação, elogia a Lei 13.467/2017, afirmando que a nova normatização das relações de trabalho no Brasil quebra paradigmas e causa revolução no sistema, criando novas oportunidades, dando aos cidadãos maior liberdade, oferecendo ampliada segurança jurídica nos contratos de emprego e simplificando, em muitos casos, a norma trabalhista.

O Deputado Federal Rogério Marinho, no prefácio, assevera que, pela primeira vez, fez-se alteração não somente nas regras, mas também na concepção filosófica da lei, dando-lhe caráter




---

Trabalhista! O que mudou?  
 Marlos Augusto Melek  
 Curitiba: Estudo Imediato Editora, 2017

liberal, permitindo entendimento direto entre empregados e empregadores, dentro de ambiente que assegura os patamares civilizatórios mínimos de desigualdade entre as partes.

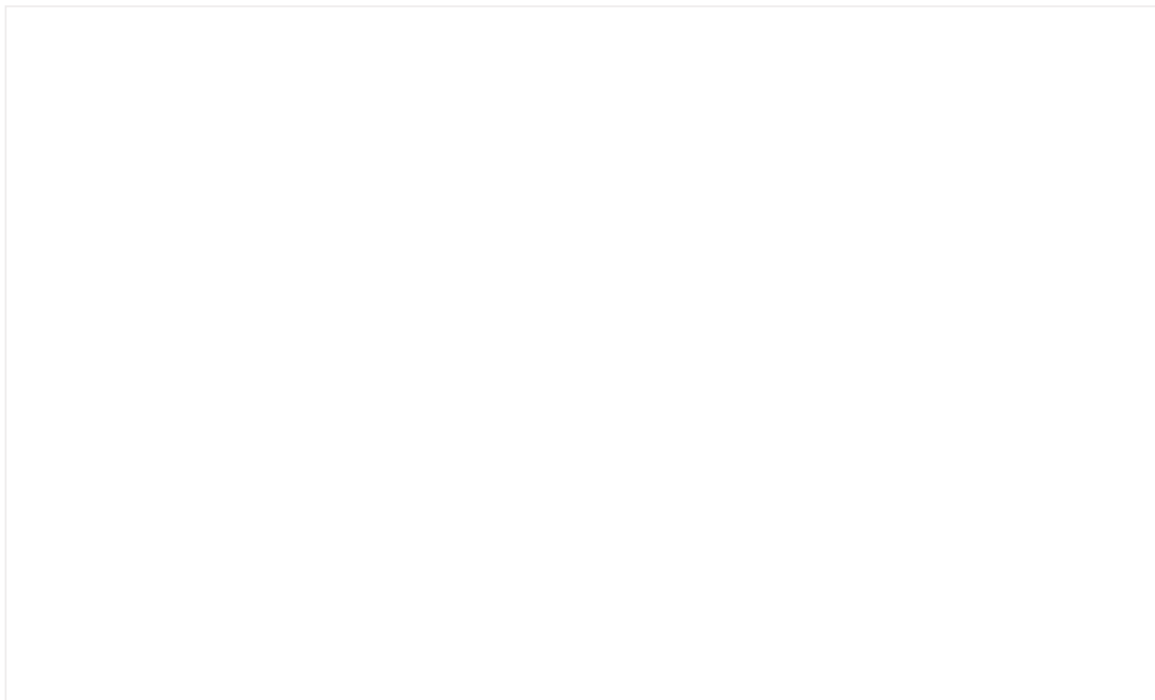
Segundo o juiz Marlos Augusto Melek, em sua palavra à “edição histórica” do livro, o Direito do Trabalho não é um fim em si mesmo, pois é certo que possui íntima correlação com a macroeconomia, a tecnologia, o meio ambiente, a relevante questão social da dignidade da pessoa (seja do empregado ou do empregador), a valorização social do trabalho e da livre iniciativa, além do contexto internacional no qual se situa o Brasil.

Consoante o autor da obra, os três princípios que inspiraram a nova redação da legislação trabalhista no País foram: Liberdade, Segurança Jurídica e Simplificação.

## PROGRAMA RODA VIVA

O Roda Viva recebe o deputado federal Rogério Marinho (PSDB-RN), relator da reforma trabalhista na Câmara. Ele falará sobre as mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em andamento no Congresso, além de outros assuntos.

Participam da bancada de entrevistadores Camilla Veras de Araújo Mota (repórter do jornal Valor Econômico), Gaudêncio Torquato (consultor político), Daniela Lima (editora da coluna Painel do jornal Folha de S.Paulo), Antonio Galvão Peres (professor e doutor em direito do trabalho) e Jorge Luiz Souto Maior (juiz do trabalho e professor da Faculdade de Direito da USP).



## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO – REVISTA ELETRÔNICA

Prezados autores,

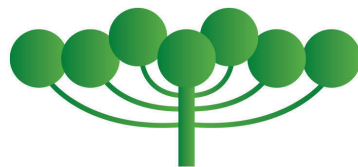
A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.



1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Arial, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 10 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à [revistaeletronica@trt9.jus.br](mailto:revistaeletronica@trt9.jus.br)

Respeitosamente.

**CONSELHO EDITORIAL**



**TRTPR**

**ESCOLA JUDICIAL**