

# A REFORMA TRABALHISTA SOB A ÓTICA DA CLÁUSULA DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL, OBSERVADA A FORÇA CENTRÍPETA DAS CONTINGÊNCIAS ECONÔMICAS – UM NOVO ROUND DE UMA VELHÍSSIMA BATALHA\*

**Fabio Túlio Correia Ribeiro\*\***

“Quanto mais poético, mais verdadeiro.”  
(Friedrich Novalis)

## 1 – INTRODUÇÃO

**U**m credo: a lei, produzida em ambiente democrático, liberta!

Uma convicção: Hobbes tem razão contra Rousseau!

A constatação histórica: os maiores assassinos são as ideias, não os guerreiros!

Do meu ponto de vista – e é sempre a partir de um ponto de vista que todos falamos, que não nos enganemos! – está certo Isaiah Berlin em suas ponderações sobre a necessidade de estabelecer compromissos em torno de valores, a serem renovados, tais compromissos, uma e outra vez, sob a lupa do cuidado e da temperança, com paciência e perseverança, dado que não há alternativa responsável a esse labor sisífico. Isso porque a liberdade e a igualdade constituíram – e constituem – os valores mais ansiosamente buscados pelos homens ao longo do transcurso dos tempos, nada obstante a liberdade total dos fortes

---

\* Nota do autor: Neste artigo, entregue à edição em data anterior à MP nº 808/2017, não se trata desta. Todavia, as críticas feitas ao texto original da reforma trabalhista parecem ter sido em parte admitidas pelo Executivo, que sentiu a necessidade de alterar a Lei recentemente promulgada.

\*\* *Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Região; conselheiro do CSJT, representante da Região Nordeste; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Castilla-La Mancha – Espanha, com o diploma revalidado, no Brasil, pela Universidade Federal de Pernambuco.*

seja a morte dos fracos, a liberdade irrestrita dos talentosos seja incompatível com a dos menos dotados, a liberdade incondicional dos criativos pode não ser adequada à dos simples. O autor, então, propõe que a equanimidade – que Aristóteles chamava de equidade – funcione como um artifício de equilíbrio, a partir do qual se poderia, com legitimidade dialógica, exigir o controle da liberdade dos que demonstram maior aptidão ou inclinação para dominar, evitando a opressão dos dominados. Sem liberdade, contudo, e a mancheias, sequer poderemos continuar a ser considerados humanos; mas talvez fosse o caso de mitigá-la para garantir o bem-estar social, ou, em suas próprias palavras, “para dar de comer aos famintos, para abrigar os sem-teto, para abrir espaço à liberdade de outros, para permitir que se exerça a justiça”<sup>1</sup>.

A justiça não existe, e é precisamente por isso que nós precisamos inventá-la (Alain). Refiro-me aqui, obviamente, à justiça como construção metafísica, uma dessas formulações filosóficas abstratas, certamente encantadoras em sua peroração luminosa, mas desesperadamente ocas em sua inaptidão para ser apreendida por mãos culpadas, que todas as são. E vazias, digo, porque se perdem no campo da elucubração, ali distante dos assuntos humanos, onde vicejam o pó e o azedume e o sublime e o grotesco. O mais das vezes, quando a vida prática põe em xeque as teorias que os juristas dizemos defender, parece que estas se esfumam, cedendo espaço rapidamente à força de uma mirífica realidade que ocupa o cenário e, não raro, interdita o debate.

Por isso, penso que quando Platão disse que é melhor cometer a injustiça do que sofrê-la ele propositadamente omitiu, conforme lembra Sponville, uma circunstância capital: o cometimento do gravame, da injustiça, da ofensa, é voluntário; enfim, a conduta violenta é uma escolha do carrasco, do agressor, ao passo que a vítima não escolheu sê-lo. Fica claro que o referencial platônico, neste caso como sói acontecer em tantos outros aspectos, é um devaneio para ser pensado mas não vivido na sujidade das ruas, no desconforto dos foros, na sem graça da cotidianidade, no afã suado da corrida para pegar o ônibus.

Quando era aluno na faculdade de Direito, costumava ver alguns professores – e vi isso depois, entre magistrados e advogados, não sem um profundo sentimento de perplexidade e certo sabor acre na boca, como diria o grande Bandeira –, com alguma irritante reiteração, bater no peito e se arvorar a condição de legalista: *Porque eu sou um legalista* – ainda quase ouço a voz bradar, em transe quase místico. Nunca entendi muito bem o queriam dizer com isso, que me soava, naquele momento como agora continua a soar, um *slogan*, um panfleto sem conteúdo definido. Mas afinal, o que é um legalista?

---

1 BERLIN, Isaiah. *Uma mensagem para o século XXI*. Belo Horizonte: Âyiné, 2016. p. 38-39.

Sempre me enfado quando alguém, no foro ou na academia, nos congressos jurídicos ou nos bate-papos de mesa de bar, com indisfarçável tom senhorial, arvora para si a condição etérea de legalista (como se não houvesse outra possibilidade ao intérprete, salvo o opróbrio). Gostaria de propor um exercício mental, parafraseando o filósofo André C. Sponville, de quem recolho essas alusões comparativas que exponho a partir de seu exemplo<sup>2</sup>: imaginemos que um sujeito se impusesse o fazer só o que a lei manda e o se omitir de fazer apenas o que ela proíbe. Dita postura seria boa ou ruim? E para quem o seria, se boa ou se ruim? A resposta, para um autoproclamado legalista, como aqueles que conheci, imagino, seria um rotundo: *isso seria ótimo!* Acontece, todavia, que nenhuma lei proíbe a mentira (salvo em situações muito específicas, sendo certo que, entre nós, o réu de processo penal pode mentir legitimamente em sua defesa sem que disso lhe resulte qualquer adversidade), o ódio, o desprezo, o egoísmo, etc.

De igual modo, nenhuma lei impõe a ninguém, como dever ou obrigação, a fraternidade, o respeito no trato com o próximo, a cordialidade com os convivas, a solidariedade com os necessitados. Portanto, o sujeito de nosso exercício imaginário poderá, com plena razão institucional e segundo a mais lúdica e estrita legalidade, ser um egoísta, inundado de ressentimento ou avareza, ou bazófia, ou mendacidade. Que mais ele será, senão um ordinário legalista?

O que isso prova, é uma pergunta que seguramente se seguiria, feita por um possível dogmático contumaz posto diante dessas considerações. De se esclarecer, pois, que a partir do momento em que se renuncia ao *tudo é permitido* do simplório ou do canalha ou do libertário enfurecido (fundando a ordem jurídica!), surge exatamente o problema de saber o que é permitido, ou seja, desde esse instante emerge a questão de saber quais são os limites que separam o *legítimo* do *ilegítimo*, o *consentido* do *proibido*, o *autorizado* do *defeso* e isso nem a Democracia nem o Direito – e a realidade mostra-nos a cada dia essa verdade elementar e, por vezes, cruel – são capazes, por si só, de desnudar.

A propósito dessa problemática – a do choque de valores que o legalista estrito ou o dogmático contumaz costuma negar –, veja-se o que pondera, com propriedade, Isaiah Berlin:

“Es evidente que los valores pueden chocar, por eso es por lo que las civilizaciones son incompatibles. Puede haber incompatibilidad entre culturas o entre grupos de la misma cultura o entre usted y yo. Usted cree

---

2 COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*: estudos cínicos. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2008. p. 292.

que siempre hay que decir la verdad, pase lo que pase; yo no, porque creo que a veces puede ser demasiado doloroso o demasiado destructivo. Podemos discutir nuestros puntos de vista, podemos intentar encontrar un terreno común, pero al final lo que usted persigue puede no ser compatible con los fines a los que yo considero que he consagrado mi vida. Los valores pueden muy bien chocar dentro de un mismo individuo; y eso no significa que unos hayan de ser verdaderos y los otros falsos. La justicia, la justicia rigurosa, es para algunas personas un valor absoluto, pero no es compatible con lo que pueden ser para ellas valores no menos fundamentales (la piedad, la compasión) en ciertos casos concretos.”<sup>3</sup>

Há a lei, e existe a necessidade de interpretá-la, ainda quando clara.

O papel da hermenêutica é o de buscar o sentido; ela surgiu como busca de sentido em textos mitológicos, religiosos e em obras artísticas. Mas sentido *de quê?* Sentido da verdade ou do valor de algo! De que algo seja verdade, tenhamos disposição de afirmar truísmos, não decorre que seja valoroso; simetricamente, do fato de que algo seja valoroso, não advém daí que seja verdadeiro. Alguém já disse, a propósito e com alto grau de possibilidade de estar correto, que nada nos garante que a verdade, uma vez descoberta, possa ser interessante.

Resulta que a verdade, pondere-se logo, tem uma conotação: a) empírica (correspondência entre pensamento e fato); e b) normativa. No primeiro caso, fala-se de verdade factual; no segundo, de verdade prescritiva, ou seja, de valor. Que o carro está quebrado será uma verdade factual se, e somente se, o carro, efetivamente, estiver quebrado. Que a temperança é um valor verdadeiro somente será uma verdade para aqueles que abraçam esta virtude, tendo-a como louvável. É possível constatar se o carro está quebrado, mas nas questões éticas é, em uma série de casos, muito difícil fazer com que pessoas de formação e ideologia diferentes admitam a verdade de um valor. Ajudar quem sofre e prover as necessidades daquele que, por infortúnio ou por motivos pessoais invencíveis para si, não pode prover o autossustento, é uma ação positiva (individual e socialmente falando) que deve ser estimulada ou é uma atitude que representa peso social, a ser evitada? Qual o limite?<sup>4</sup>

3 BERLIN, Isaiah. Persecución del ideal. In: El fuste torcido de la humanidad. *Capítulos de historia de las ideas*. Barcelona: Ediciones Península, 1998. p. 30-31.

4 Segundo o Dr. A. SÁNCHEZ-BAYÓN. “Au revoir, loi de l’état: el fin del derecho estatal de bienestar”. In: *Bajo Palabra, Revista de Filosofía*, Época, n. II, n. 5, ano 2010, p. 143-162, em seus escritos de fábulas e mitos, Platão dedica um capítulo a revisitar a Teogonia de Hesíodo, que se limitara a reconhecer Prometeu como o benfeitor da humanidade, em vez de seu criador, ao modelar o pó, tal como narram coincidentemente as tradições ocidentais de influência orientalista, graças aos povos das águas, os judeus e os fenícios. O caso é que, sendo Prometeu o titã que enganou Zeus por duas vezes, e por isso sofreu um castigo cruel, é tal sua preocupação pela verdade que resolve modelá-la igualmente com

A aplicação problemática do Direito não está propriamente na indistinção disso pelo intérprete; antes mais bem, está num estágio anterior, ali onde o corpo político precisa definir o que é o *bem* a ser perseguido e qual o ônus que aceita suportar para alcançar esse desiderato. Ou parte dele.

O Direito é a verdade normativa do *todo social*, diz-se amiúde. Existe aí, entretanto, muito de abstração, porque nem sempre os valores que prevalecem numa comunidade são, efetivamente, os valores médios do corpo social, como recorda o filósofo francês antes citado. Por exemplo, quais os valores partilhados entre as comunidades branca e negra das sociedades escravocratas do século XVIII? Ou das comunidades negra e branca do primeiro quartel do século XX nos Estados Unidos da América? Se as perguntas soarem impertinentes, dada a mudança de época, então que se formulem outras: quais os valores partilhados entre os pertencentes à comunidade branca e os integrantes da comunidade negra dos sul-africanos no regime do *apartheid* em plena segunda metade do século XX? Ou quais os valores partilhados entre a sociedade branca brasileira do século XVIII e a comunidade negra descendente dos negros vindos da África ao longo dos três séculos precedentes? Quais os valores partilhados entre os brancos e os indígenas não aculturados, ou os descendentes deles, que vivem nas comunidades quilombolas no Norte do Brasil nos dias coetâneos?

Quais são os limites deontológicos a serem considerados? Quiçá seja esta exatamente a questão da hermenêutica constitucional: divisar que para além da legalidade estrita existe uma pauta de valores intangíveis, que nem mesmo a lei pode violar, sob pena de nulidade. Se assim é, como sustenta o neoconstitucionalismo – presentemente sob forte ataque dos realistas –, qual seria essa pauta que serviria de elemento estabilizador? Os direitos humanos ou fundamentais é a resposta mais aceita hoje.

Dê-se a palavra a Peter Häberle, quando fala sobre metodologia de interpretação constitucional:

“En mi opinión las constituciones son claramente una pieza cultural. La constitución no es sólo texto jurídico o sistema normativo

---

pó, todavía, antes de terminar seu trabalho, é recolhido no Monte Olimpo, deixando sua oficina a cargo de seu ajudante, Engano/Decepção (segundo algumas traduções). Ao regressar, Prometeu constata que Engano – movido por seus instintos – havia realizado uma obra muito parecida com a sua, só que, ao faltar barro, deixou-a sem pés. Tocado em sua vaidade, Prometeu coloca as duas figuras no forno para que ganhem vida e habitem entre os humanos, os quais deverão julgar qual delas é a autêntica, a melhor: a de Prometeu é a verdade, a de Engano é a mentira, ambas imponentes e cativantes, mas a primeira pode caminhar sozinha, enquanto a segunda, não tendo pés, não pode, precisa ser transportada. E esse é o problema que enfrenta a humanidade: o direito baseia-se na razão e é uma realidade vivida, fruto cultural do Ocidente, em sua busca, louca e intrépida, por justiça, felicidade, fortuna e gozo.

de regulación, sino expresión de un estado de desarrollo cultural, instrumento para la auto representación cultural de un pueblo, reflejo de su patrimonio cultural y *fundamento de sus esperanzas*.<sup>5</sup> (Destaquei)

Neste pequeno trabalho, tratarei, modestamente, dessa problemática relativa à hermenêutica jurídica e à intrincada questão da subjetividade do intérprete, tendo em foco, especificamente, a reforma trabalhista ocorrida no Brasil e consubstanciada, não apenas mas sobretudo, na Lei nº 13.467/2017, em vigor a partir do dia 11 de novembro do corrente ano, registrando, desde logo, confessada posição contra o trato obscuro da linguagem como critério de profundidade de uma série de escolas jurídicas, sejam elas forjadas aqui ou alhures. É que, sem dúvida alguma, é muito usual a prática de se utilizar de certa linguagem, ora rebuscada, ora simplesmente ininteligível, para se encobrirem obviedades sob nova roupagem, talvez até deixando indeterminados os valores que subjazem ao dito, ao não dito e ao entredito.

A esse propósito, basta lançar um olhar sobre o que se diz amiúde em discursos jurídicos sobre a racionalidade comunicativa ou a autopoiesis do direito, isso para não mencionar as idiosincrasias dos vários intérpretes ou a necessidade que alguns cultivam de parecer novidadeiros<sup>6</sup>. Convencer o interlocutor pelo hermetismo da linguagem – ou, pelo menos, desesperaná-lo de continuar tentando o ponto de convergência possível – foi e continua sendo uma técnica usualmente manejada pelos *expertos*, particularmente da Economia ou do Direito, os quais andam muito em voga ultimamente no cenário público.

Seguirei um roteiro consubstanciado em tecer considerações de ordem teórica sobre a interpretação do Direito, com vistas a deixar assentes meus pressupostos filosófico-políticos, assumindo-me, então, como sujeito situado no espaço e no tempo, passando pela problemática da recusa do retrocesso dos direitos sociais, observada a jurisprudência do STF, para, finalmente, analisar,

5 HÄBERLE, Peter. *Métodos y principios de interpretación constitucional*. Un catálogo de problemas. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haeberle.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.

6 Cito um exemplo do que quero demonstrar, extraído de TEUBNER, Gunther. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. Edição digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, 2002, p. 533-571: “No son los seres humanos los que mediante sus acciones intencionales producen el Derecho como un artefacto cultural. Muy al contrario, es el Derecho el que, como proceso comunicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas”. Na mesma obra, mais adiante, assenta o autor: “En una epistemología social tan radical no hay lugar para la conciencia individual y las acciones intencionales de sujetos humanos. Tampoco necesidad de una fundamentación apriorística. El sujeto humano no es ya el autor del discurso. Ocurre precisamente lo contrario: el discurso produce al sujeto humano como un artefacto semántico”.

de per si, algumas das representativas novas regras introduzidas com a novel legislação.

Prontamente, admito que uma reforma trabalhista debatida com os agentes sociais e que contemplasse a modernização de nossa legislação em pontos cruciais seria bem-vinda, contudo, esta que acabou por prevalecer, de par com não ter passado por uma discussão ampla, apresentou um viés marcadamente ideológico e refratário aos direitos sociais. Invoco, por oportuno, a doutrina de Karl Popper quando fala de sociedade aberta e de democracia, mormente no seu livro-manifesto *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*, que é, entre muitas outras coisas, um brilhante esforço intelectual em favor do pluralismo e da liberdade. A propósito, em entrevista que concedeu à revista inglesa *Encounter* (vol. 38, n. 5, maio de 1972)<sup>7</sup>, Popper menciona duas características do que seria, no seu entender, uma sociedade aberta ou democrática, concretamente. Para ele, primeiro, far-se-ia imprescindível uma discussão pública e livre sobre a conveniência e a inconveniência das decisões governamentais, de tal modo que esse diálogo com os vários atores envolvidos pudesse ser efetivo no sentido de repercutir verdadeiramente na política, ou seja, pudesse ressoar na adoção das deliberações do governo de maneira objetiva. Depois, seria necessária a existência de instituições capazes de proteger a liberdade, mas igualmente de proteger os cidadãos mais pobres e mais socialmente débeis. Por quê? Porque, para Popper, em uma sociedade aberta não basta que se acautele o cidadão contra a violência física, senão também que se o resguarde contra o abuso do poder econômico.

## 2 – A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A QUESTÃO DA SUBJETIVIDADE DO INTÉRPRETE: OU POR QUE O ARTICULISTA NÃO SE TRATA DE UM SUJEITO PURO, HABITANTE DE UM VAZIO METAFÍSICO À DESCARTES

Somente com abissal equívoco semântico e lógico as ciências da natureza se autodenominam exatas. Dá-se que o conhecimento humano é, por definição, limitado, dosado, idiossincrático, impregnado de ideologia; todo conhecimento – sempre uma aproximação parcial de algo parcial – produz um corte lógico

---

7 A entrevista completa pode ser vista em: <<http://www.unz.org/Pub/Encounter-1972may-00013>>. O trecho parafraseado está assim redigido, acessado em: 23 out. 2017: “What do I regard as the characteristic features of an open society? I would quote two. First, that free debate and especially debate about the wisdom or otherwise of governmental decisions, should be possible within a society and should exert an influence on politics; and, secondly, that institutions should exist for the protection of freedom and the protection of the poor and the weak”.

e epistemológico no real, o qual não consegue reproduzir em todos os seus matices<sup>8</sup>. Conhecer o real seria entrar na mente de Deus!

Há uma série de experimentos que demonstram que os julgadores são extremamente suscetíveis a uma série de vieses cognitivos que comprometem bastante sua capacidade de decidir “objetivamente”. Merece ser apontada

---

8 A postura de alguns intérpretes em insistir na assepsia de sua atuação é criticada de modo acerbo por Paloma Llana, que faz referência a importante autor espanhol, Alejandro Nieto. Diz ela, em *Parábola do Portal de Belém*. Disponível em: <<http://bitacora.palomallana.com/2006/12/17/la-parabola-del-portal-de-belen/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

“Este libro pone negro sobre blanco lo que todos los que ejercemos (Alejandro entre ellos) sabemos del funcionamiento mental de los jueces. Sus decisiones están tomadas desde el principio basándose, más que en reflexiones puramente legales, en cuestiones tales como la estrategia para el avance de su carrera; sus circunstancias personales, familiares o psicológicas; los factores mediáticos; o sus propias intuiciones, predisposiciones y prejuicios.

Nieto se inventa una parábola sobre portal de Belén para trasladarnos, al modo de Jesucristo, el mensaje de su libro. He aquí la parábola:

‘En los primeros días del año 1 de nuestra era acudió al Juez de Belén el propietario de un portal o establo denunciando que había sido éste ocupado por una pareja de forasteros, llamados José y María, quienes se habían instalado en él sin pagar renta y sin intención, al parecer, de abandonarlo con el pretexto de que les había nacido un niño y no estaban en condiciones de reanudar el viaje; solicitaba en consecuencia una resolución de desahucio y el lanzamiento – expulsión – de los intrusos.

La situación era clara y el juez se disponía a pronunciar sentencia estimando la demanda con el apoyo de los textos legales contundente, cuando fue detenido por los ruegos de su esposa, también parturienta y de la misma tribu que los viajeros. Era explicable que el Juez se identificase, a través de su esposa, con la situación de los intrusos, aunque tampoco resultaba sencillo dejar de aplicar una ley tan inequívoca y más tratándose de un vecino pudiente con el que siempre se había relacionado tan bien; sin olvidar el malestar que inevitablemente habría de provocarse entre las clases propietarias de Belén que terminarían acusándole de falta de celo y con el riesgo consecuente de no volver a elegirle.

El caso se complicó al poco tiempo con la aparición de los Reyes Magos que también intercedieron a favor de los ocupantes y hasta puede que hicieran un espléndido regalo al Juez para mover su tolerancia. Decididamente el asunto parecía perdido para el propietario; máxime cuando el magistrado no tenía problema alguno de conciencia, puesto que, independientemente del obsequio y la influencia conyugal, entendía que su decisión era justa, pues sería cruel ponerles en la calle en lo más crudo del invierno y que podía justificarla razonando que los demandados no producían perjuicio alguno al actor. Pero sucedió que, en vísperas de pronunciar la sentencia, llegó a sus oídos la noticia de la política antiinfantil de Herodes, que se extendía, no sólo a los niños sino también a quienes les protegieran. Vemos, entonces, a un Juez en apuros porque si absolvía se enemistaba con los propietarios de Belén (entre los que él mismo se encontraba) y, lo que es más grave, corría el riesgo de perder la carrera y hasta la vida por la cólera de Herodes; pero si ordenaba el desahucio padecerían sus sentimientos humanitarios, sería regañado por su mujer y tendría que devolver el regalo de los príncipes orientales. Planteadas así las cosas, hojeó entonces afanoso sus libros, que no le sacaron de dudas porque en ellos se deducía que la ley podía ser interpretada de diversas maneras y que había precedentes para todos los gustos.

En estas circunstancias concretas, nadie puede predecir lo que va a decidir nuestro atribulado Juez. No sabemos si se dejará llevar por las presiones de su esposa o por las ventajas resultantes de su cálculo estratégico respecto de Herodes y de sus vecinos. Lo único que sabemos es que, una vez decidido el pronunciamiento – que es rigurosamente personal y bajo su exclusiva responsabilidad –, a la hora de redactar la sentencia silenciará rigurosamente las causas reales que han estado interfiriendo y, en su lugar, fundamentará el resultado – cualquiera que sea – con algún precedente que seguro ha de encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Jerusalén.”



uma pesquisa que saiu na PNAS sobre juízes do comitê que decide os pedidos de liberdade condicional em Israel. Os casos são distribuídos por sorteio e a junta os analisa rapidamente (uma média de 6 minutos). O índice de rejeição é alto: só 35% dos pleitos são atendidos. O problema é que as concessões se concentram no período imediatamente posterior às refeições, quando os juízes estão descansados e bem alimentados. Nesses momentos, 65% dos pedidos são aprovados, contra zero nas horas de maior fome<sup>9</sup>.

Não conheço melhor definição de Direito do que aquela elaborada não em um tratado de Direito, mas de Ética, escrito há quase 25 séculos, e não por um jurista, mas por um filósofo: *o direito não é arte nem ciência; o direito é prudência* (Aristóteles, Ética a Nicômaco)<sup>10</sup>.

Será mesmo que existe uma resposta correta para as questões de Direito? A pergunta, assim formulada, pode gerar dúvidas. É que este direito precisaria ser qualificado: o direito brasileiro atual, o argentino de Perón ou o romano do segundo século a.C.? Uma coisa é o *bem* que, porque assim aceito, é cristalizado na norma; outra coisa é o *bem* que, posta a ordem jurídica, pode-se extrair dela mediante processo de interpretação. Embora, como ideal, devessem coincidir, os fatos apontam que nem sempre coincidem. Tanto ali como aqui as opiniões se distanciam e, mesmo, ainda quando estabelecida a ordem positiva, o debate entre os contendores originais continua, agora como *técnica de interpretação*.

Pressupondo que exista uma resposta correta para uma ordem jurídica posta, então o papel da hermenêutica não pode ser outro senão o de procurar essa tal solução adequada, que o esperaria no horizonte, brilhando como a Estrela Dalva: um princípio luminoso definidor do sistema jurídico. Se esse juiz Hércules a encontrasse, a solução que viesse a apontar poderia ser passível de crítica? Logicamente que não, pois esse ser entre divino e humano, postulado por Rawls, teria encontrado *a Resposta*; teria desenterrado aquele tesouro perdido cuja descoberta constituiu o supremo objetivo de todas as escolas jurídicas de interpretação do direito.

O texto tem o sentido que o contexto lhe confere. Mas não só o contexto semântico, antes e principalmente o contexto cultural, ideológico, estético, artístico, ético, *social* e *econômico* no qual estão inseridos os sujeitos da interpretação, sejam os seus destinatários, sejam os seus formuladores.

9 SCHWARTSMAN, Hélio. Ciência X Judiciário. *Folha de S. Paulo Online*. Acesso em: 18 out. 2017.

10 Por que temer a subjetividade do juiz? E é precisamente isso o que fazem os juristas dogmáticos, numa perspectiva objetivista que passar ao largo de tudo o que é propriamente humano, como se não tivesse existido a física moderna. O conhecimento humano, porque é clamorosamente interpretativo, não pode adentrar a natureza profunda e última, total e necessária, do real. Todos os atos de percepção ou cognição são, por definição, antes de mais nada, eventuais, circunstanciais e contextuais, marcadamente teóricos.

Num contexto como o atual, sobretudo após a crise financeira de 2008, o que se tem? O que se tem é a recorrente defesa, nos países da periferia do globo, da ideia – densamente ideológica, nada obstante se apresente como um fato da vida natural – de que é preciso ceder na proteção social para se alcançarem os investimentos indispensáveis ao progresso nacional e a redenção da classe trabalhadora pelo acesso ao emprego (não importa muito a qualidade deste). Essa retórica não é novidade alguma e redundou, desde sempre, no desencontro de opiniões entre os idealizadores de políticas públicas situados em *locus* antagônicos do espectro político. Imaginar que os direitos trabalhistas mínimos possam funcionar como um limite de contenção abaixo do qual não se *deve* ir (opção ética, não jurídica, portanto!), mesmo nos períodos de crise, é se tornar um pária intelectual nos dias presentes, tempo no qual o consenso publicado reza uma só homilia<sup>11</sup>.

Vejam-se, por exemplo, os seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988:

a) Art. 5º, inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

b) Art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

---

11 O professor José Eduardo Faria, em monografia preciosa, faz uma avaliação precisa desse contexto de economia global e sua influência na formulação local de políticas públicas, inclusive de proteção social, o que leva os Países a serem – e a expressão é minha, não do aludido autor – verdadeiramente chantageados a ceder em sua ordem jurídica interna, adaptando-se ao padrão mercantil sem fronteiras definidas, sob pena de serem alijados do processo global. Diz ele: “Países e empresas têm dimensões distintas, que são medidas em escalas próprias – os primeiros, por meio do Produto Interno Bruto (ou seja, pelo valor adicionado total gerado dentro de suas fronteiras), e os segundos, por seu faturamento. Convergindo as escalas, o levantamento promovido pela Unctad revela que entre as 100 maiores economias mundiais, em 2001, 71 eram países e 29 eram conglomerados transnacionais. Um deles, a Exxon, vinculada ao setor petrolífero, tinha um faturamento estimado em cerca de US\$ 63 bilhões, maior do que o PIB do Paquistão e pouco abaixo do PIB das Filipinas e do Chile. Outro importante conglomerado transnacional, a General Motors Co., registrou um faturamento de US\$ 168 bilhões – cerca de US\$ 9 bilhões a mais do que a soma do produto interno bruto da Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicarágua, Panamá, Equador, Peru, Bolívia, Paraguai e Uruguai (Unctad, 2004 e 2006).

Em troca de investimento direto, que são geradores de empregos e permitem a elevação dos níveis locais de atividade econômica dos Países semiperiféricos e periféricos, essas empresas e conglomerados não hesitam em pedir ou até exigir terrenos gratuitos para instalação de suas plantas industriais, isenções tributárias, créditos fiscais, empréstimos com juros subsidiados, infraestrutura a custo zero, *adaptação das legislações social, trabalhista, previdenciária, ambiental e urbanística às suas necessidades e interesses e um sem-número de cauções e garantias estatais, financeiras e jurídicas*. (FARIA, José Eduardo de. *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-28 – destaquei)

## DOCTRINA

c) Art. 7º, inciso IV: “salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, 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, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

É possível afirmar que tais dispositivos são cumpridos no País? Dito de outro modo: alguém sustentaria que a realidade social reflete o que dizem as nossas leis? Claro que não se pode confundir o *ser* da realidade social com o *dever-ser* da norma. Faz tempo que Hume nos ensinou a diferença entre *ser* e *dever-ser* e que um não se reduz ao outro. No entanto, em Direito, se a dissociação é total, não havendo o mínimo de eficácia da norma, descabe falar em direito. Se os ovos são sempre quebrados, mas o omelete nunca chega à mesa, é porque há algo profundamente errado.

Por que o STF, em mais de uma oportunidade, declarou ser constitucional a lei ou medida provisória que instituiu o valor do salário mínimo no Brasil, mesmo quando era evidente, como é que o novo valor desatendia às exigências do inciso IV do art. 7º da CF/88, acima transcrito? Quiçá a resposta resida na circunstância de que o Direito não é o que dizem os dogmáticos, e que as *circunstâncias* e as *conjunturas* influenciam, sim, sem dúvida alguma, na interpretação do Direito, denotando o *ser* que ele é.

Os exemplos da Constituição brasileira não são isolados, todavia. Que se registre, para assentar o que sustento aqui, um exemplo da *Common Law*<sup>12</sup>. O caso *Brown versus Board of Educacion of Topeka*, de 1954. Até esse aconte-

---

12 Somente a título de comparação entre os sistemas de *civil law* e da *common law*, veja-se o pertinente comentário de Mario Ruiz Sanz, em *El mito de la justicia: entre dioses y humanos*. Disponível em: <<http://www.uv.es/cefd/11/ruiz.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017: “Este mito, más bien esta imagen de la justicia, dentro de la cultura jurídica contemporánea, se puede desglosar a su vez en otros dos mitos, sustentados por el Derecho occidental desde la tradición racionalista de los siglos XVII y XVIII: el del legislador racional, y el del juez creador. Ambos se corresponden con dos tradiciones jurídicas que provienen de la misma raíz intelectual e ideológica: el iluminismo y la ilustración, en concreto de su vertiente contractualista, recogida por las Declaraciones americana (Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776) y francesa (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), por poner los dos ejemplos paradigmáticos. La tradición del Derecho europeo, para la cual se toma como referente a Francia (lo que se conoce por sistema del civil law), limitó los derechos al ‘imperio de la ley’ y a la ideología codificadora; mientras que la tradición anglosajona, en especial el Derecho de los EUA (lo que se conoce por sistema de *common law*), lo hizo a la inversa: desde el principio antepuso los derechos a la ley. Una de las consecuencias más importantes de ambas concepciones ha sido la manera diferente de concebir la relación entre legisladores y jueces. En la tradición europea, ha primado la idea de que los jueces están sometidos a la ley, y por lo tanto no pueden crear derecho; en cambio, en la tradición anglosajona, son los jueces los principales creadores del derecho. Así, lo que se entiende por justicia en ambos sistemas jurídicos ha acabado por generalizarse a través de dos mitos diferentes e incluso, en cierto sentido, excluyentes”.

cimento, o entendimento jurisprudencial predominante nas cortes americanas era o de que o princípio da isonomia não restava ferido pela segregação racial nas escolas públicas, conhecida como a doutrina dos *separados mas iguais*. Quando julgou o caso, a Suprema Corte dos EUA tinha diante de si o mesmo texto constitucional que vigorava desde a 14ª Emenda, sem nenhuma alteração, que é de 9 de julho de 1868. Eis o que ela diz, textualmente:

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

Inexistiu alteração de qualquer vírgula no texto da norma, mas a sua interpretação sofreu uma verdadeira revolução copernicana, e se passou a atribuir um sentido oposto àquele que durante várias décadas julgou-se ser o *certo*<sup>13</sup>.

Não se perca de vista que todos os direitos fundamentais foram proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10.12.1948. Os direitos sociais foram catalogados a partir do art. 22. Registro o conteúdo do art. 25, que parece haver sido escrito ontem:

“I – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II – A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

Note-se que, embora o Brasil haja sido um dos subscritores da declaração, não atendeu o que dispõe o item II do art. 25, como é de vulgar sabença. Somente com a Constituição de 1988 é que o país implementou, jurídica e

---

13 Mas qual o papel do intérprete, afinal de contas: descobrir o sentido da norma, criar um sentido para a norma, atribuir um sentido à norma, escolher um entre os vários sentidos da norma? Talvez o intérprete escolha um dos vários sentidos que a norma comporte, utilizando-o segundo o momento histórico e a conjuntura. De tal sorte que o sentido recusado ontem é o prevalecente hoje, enquanto o sentido anterior cai no ostracismo.

concretamente, a igualação de direitos entre filhos havidos dentro e fora do casamento, o que significa que permanecemos em estado de ilegalidade formal e material ao longo de aproximadamente quatro décadas, apesar dos termos claríssimos com que ele – o pacto – foi versado.

Parece, assim, que a razão está com Ferrajoli quando sustém que a história do constitucionalismo é a história da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos. Uma história, acrescentaria sem receio de incorrer em heresia, que não é teórica, mas política e social, uma vez que nenhum direito, muito menos os direitos sociais, caiu do céu ou foi dado pelas ninfas; antes, todos foram conquistados mediante rupturas institucionais. Essas rupturas significaram o avanço dos direitos não apenas no que respeita à sua instituição, mas em sua mais benfazeja interpretação.

Alguns exemplos dessas *rupturas*:

- 1) as revoluções americana e francesa do século XVIII;
- 2) os movimentos do século XIX em favor da codificação;
- 3) as lutas obreiras, feministas, pacifistas, ecológicas, as lutas a favor dos animais, os movimentos dos homossexuais, a proliferação da cultura de rua do século XX.

No mesmo sentido, as diversas gerações de direitos correspondem, *pari passu*, a grandes *movimentos revolucionários*, desde as revoluções liberais contra o absolutismo real dos séculos passados até as Constituições do século XX, incluídas a brasileira de 1946, a italiana de 1948 e a espanhola de 1978, que foram gestadas na resistência e nasceram do rechaço ao fascismo, implicando verdadeiros pactos fundadores da democracia constitucional.

Pascal considerava ser impossível conhecer as partes se não se conhece o todo, assim como entendia não ser viável conhecer o todo se não se conhece cada uma de suas partes<sup>14</sup>. Mas nós, os ocidentais, ao que parece, preferimos seguir a tradição de Descartes, é o que sugere Morin<sup>15</sup>, porque insistimos em separar para conhecer, tomando a parte pelo todo. Separamos as disciplinas, os elementos, os objetos, os afetos, as impressões, etc.; separamos as ciências e as teorias em compartimentos estanques; separamos o homem e o desmembramos em fórmulas inapreensíveis; separamos quase tudo ou mesmo tudo, na ânsia santa de conhecer melhor e mais verdadeiramente o *real*. O resultado, porém, é

---

14 PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

15 MORIN, Edgar. *Rumo ao abismo? Ensaio sobre o destino da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

desalentador. Perdemos a parte e perdemos o todo. Não conhecemos uma nem o outro, mas tomamos a nuvem por Juno.

Talvez essa crítica caiba ao intérprete da norma que, tomando a parte pelo todo, deslembra de perceber que a parte faz o todo e que o todo é a expressão de cada parte. E que é muito possível – e até provável – que, dado o grau de interligação de nossa estrutura institucional e de nosso arcabouço legal, mexer em alguns direitos ou no sistema de proteção redundará em repercussões significativas naqueles pontos não imaginados ao início. Daí a importância do debate.

Interpretar a norma pode ser um exercício de tomada de consciência, de si e do mundo. E parto dessa premissa, que fixo após tantas considerações como apanágio de minha inclinação pela clareza haver-se elevado à categoria de vício, porque é a partir dela que passarei a fazer a análise de algumas das normas que advieram com a lei da reforma trabalhista, com a qual, num quadro extraordinariamente convulsionado da vida política nacional, fez-se, de uma só tacada, a mudança de dezenas de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Mas que não se tenha pressa. Antes, elucubrações propedêuticas.

### 3 – ACREDITANDO EM FADAS?

Em *Alice Através do Espelho*, Lewis Carrol fabula um diálogo entre a heroína infantil Alice e a Rainha Branca, no qual esta última pergunta àquela se ela crê em coisas impossíveis, recebendo como resposta, em tom algo enfadado, que, sendo já uma menina crescida e não uma garotinha, é óbvio que não acreditava. A Rainha Branca obtempera, no entanto, que no seu caso era diferente, pois cria, a seu tempo, sim, piamente; aliás, a irascível monarca se impunha, esclarece em indisfarçável postura autocondescendente, a obrigação de acreditar em até seis coisas impossíveis antes do desjejum, a cada dia.

O discurso veiculado pelo liberalismo mais ortodoxo parece pretender fazer-nos uma versão atualizada – mas nem por isso mais comedida ou menos fantasiosa – da Rainha Branca, dado que alvitra que acreditemos que o *progresso econômico* e o *desenvolvimento social* possam ser pagos com a moeda do retrocesso de direitos dos trabalhadores ou mesmo pagos com o apoucamento de direitos sociais, estes que, de novo e sem-cerimônia, são apontados como indispensáveis a promover, pela supressão ou pela mitigação, o ajuste fiscal e a resolver a defasagem estrutural do Estado brasileiro, resgatando sua histórica dívida social. *Se queres fartura e emprego, entrega a tua alma* – diz a soturna voz do novo Fausto.

## DOCTRINA

A posição ideológica implicada nesse pensamento, nada obstante, é apresentada como se fosse uma verdade natural, um dado da natureza tão material como as pedras e os vaga-lumes; irrefutável porque produto de um mundo movido a fatos, tangido somente por fatos econômicos e nada mais. Com isso, retira-se, ou se nega, o conteúdo marcadamente ideológico das prescrições, como se qualquer ponderação vinda de outra vertente não se alçasse à dignidade de argumento sério, a ser levado em consideração na ágora. Ao Direito só restaria curvar-se e aceitar que não pode ser de outra maneira, haja vista que o único pensamento consequente é aquele que faz cálculo (o cálculo deve ser feito, é óbvio!), tributário da lógica formal exclusivista, fundado numa racionalidade algébrica que desconhece valores outros senão o *si* mesmo e que ignora valores como a poesia, o lúdico, a amizade, ou, como diriam os antigos e talvez atualmente ridicularizados filósofos de expressivas correntes da antiguidade clássica e medieval, a vida do *espírito* ou a vida da *alma*.

Eis um truísmo que parte destacada dos cultores das “ciências sociais”, e de certa concepção do Direito em particular, usualmente silencia: cada um escolhe o ponto referencial a partir do qual enfrenta um problema. E, ao fazê-lo, consciente ou inconscientemente, enxerga-o (o problema) desde sua idiossincrática forma de ver o mundo, embora não o declare abertamente muita vez, porque usualmente sustenta que é a única existente. Explico-me, e o faço socorrendo-me de um experimento mental próprio de uma ciência de núcleo epistemológico duro, como o é a física. Einstein, numa de suas explanações sobre a teoria da relatividade, imaginou o seguinte cenário: alguém que trafegasse em um trem solitaria uma pedra pela janela e a veria cair em linha reta, formando um ângulo de 90° com o solo. De seu turno, outra pessoa que estivesse parada na estação, esperando pelo embarque e observando essa mesmíssima cena, o que veria seria precisamente a coisa despencar percorrendo uma parábola em relação ao piso. Nada obstante os dois indivíduos olhassem o mesmo *fato* (o cair da pedra), cada um deles testemunharia um *fenômeno* diferente: num caso, a pedra descender em linha reta vertical; noutro, a pedra despencar numa trajetória parabólica. Por que isso acontece? Porque cada um desses partícipes da enenação mira o fato (queda da pedra) desde uma posição singular na *ordem física* (um, estando em movimento, dentro do trem; outro, estando em repouso, na estação)<sup>16</sup>. A indagação que se coloca à reflexão, tomando-se esse experimento mecânico e imaginário como modelo, é esta: se *posições físicas* distintas nos fazem, aos humanos, *ver* o mesmo *fato* de modo *diferente* (construindo dele uma interpretação relativa ao *locus* que ocupa o observador), é dizer, se a po-

---

16 Extraído de FREIRE-MAIA, Newton. *Verdade da ciência e outras verdades*: a visão de um cientista. São Paulo: UNESP, 2008. p. 247.

sição pessoal do observador no mundo físico determina, em alguma medida, a sua forma de ver o *mundo*, o que esperar de pessoas que ocupam ou vivem em *posições sociais, educacionais, religiosas, morais, econômicas* diversas entre si – ou muitíssimo diversas! – sobre os grandes temas da vida? Não se ignore, e aqui o ponto nodal a ponderar, que estar no *trem* ou na *estação* é uma eleição do sujeito, isto é: a circunstância de se pôr diante de uma aporia ou dificuldade na colocação A ou na B já é assumir posição ideológica ou ética ou estética frente a tal problema. Negá-lo ou omiti-lo não é honesto intelectualmente.

O pensamento liberal, particularmente a sua versão mais propriamente legalista, tem um passado longo e uma tradição ilustre na Filosofia e no Direito. Veja-se, à guisa da proposta liberal legalista para o estabelecimento de uma *vida boa*, o comentário abaixo de importante filósofo inglês, crítico dessa vertente:

“Los liberales legalistas aspiran a evitar el conflicto sobre la vida buena recurriendo a las ideas de la justicia y los derechos. En esto se declaran pertenecientes a un linaje que se remonta a Kant, quien intentó desarrollar una filosofía política basada únicamente en el derecho. Sea esta o no una interpretación correcta de Kant, una filosofía pura del derecho es una empresa quijotesca. El derecho nunca puede ser anterior al bien. Sin el contenido que puede dársele sólo con una concepción del bien, el derecho está vacío.”<sup>17</sup>

É o mesmo que dizer: o Direito é um invólucro cujo recheio – a ideia de bem – somos nós que colocamos previamente. Certamente que o estabelecimento de uma *vida boa* é uma questão pré-jurídica, porque o é política e moral, e religiosa, e estética, e ética, repito à exaustão. Não sendo o Direito um instrumento veraz de evolução social, ele não promove, usualmente, *per si*, avanços sociais; tão só, segundo penso, ele sedimenta os avanços que as forças políticas, no interior de uma comunidade mais ou menos organizada, induzem a partir de suas movimentações tectônicas.

A fraternidade – entendida em sua concepção republicana, esclareço – é o lema esquecido da Revolução Francesa, isso se impõe reconhecer. O lema *Liberdade, Igualdade, Fraternidade*<sup>18</sup> compôs o triunvirato do ideal humano e

17 GRAY, John. Anatomía de Gray. *Textos esenciales*. Barcelona: Paidós, 2011. p. 54-55.

18 Os registros históricos dão conta de que a referida divisa apareceu pela primeira vez em um discurso do deputado Robespierre, pronunciado no dia 5 de dezembro de 1790. Naquela data, perante a Assembleia Nacional, o parlamentar pronunciou uma peroração contra o projeto que visava aplicar o sistema censitário à Guarda Nacional. Ele, então, apresentou um projeto alternativo para se contrapor ao que estava em trâmite, propondo que todos os cidadãos maiores de 18 anos – portanto, afastado o critério censitário – todos, não apenas os ricos, teriam direito de se inscrever na Guarda Nacional



social que ocupou mentes e corações a partir do século XVIII, mas, a bem do rigor fático, nem sempre reconhecido ou muitas vezes deslembado metodicamente, fez estourar a pólvora e fez ceder, com uma frequência nunca vista antes nas mesmas proporções, o cadafalso. Um ideal banhado em sangue, como parece ser o destino de todos os ideais que, levados ao paroxismo, convertem-se de utopia em distopia. O dado histórico, contudo, é que os dois primeiros termos da equação atingiram, senão o patamar desejado pelos seus mentores mais ilustres, um grau relativamente satisfatório de efetividade nos países ocidentais de economia aberta e industrialismo pujante, não assim, porém, nos países da periferia geopolítica do globo. Deu-se que o terceiro deles, lamentavelmente, quedou-se largado pelo caminho e se perdeu em algum lugar que ninguém sabe exatamente onde fica, pairando numa dimensão límbica.

O revolucionário Marat, representante da classe plebeia na Assembleia Nacional Francesa pré-revolucionária, já havia expressado a frustração da aludida ala com o estado das coisas e o discurso oficial por liberdade e igualdade. Disse ele, preempitoriamente e sem mesuras: “Ya vemos perfectamente, a través de vuestras falsas máximas de libertad y de vuestras grandes palabras de igualdad, que, a vuestros ojos, no somos sino la canalla”<sup>19</sup>.

Inexiste, nem mesmo entre as várias correntes do liberalismo político, convergência de pensamento sobre a *vida boa*, e autores de mesma matriz podem divergir tão profundamente entre si quanto um liberal autêntico (no sentido político) de um conservador rotundo (no mesmo sentido). John Gray chama a atenção para a circunstância de que liberais igualitários, como Rawls e Dworkin, sustentam a tese de que as pessoas têm direitos assistenciais relativamente à repartição de recursos, ao passo que pensadores da linha de Nozick e Hayek sufragam a convicção de que os únicos direitos que cabem a todos, como direitos humanos, são os de proteção e de não agressão, tudo o mais constituindo responsabilidade individual do sujeito, passe o que passar. Já aí aparece, brotando com vigor translúcido, um hiato que opõe autores de duas vertentes da mesma escola, porque os divide relativamente a questões

---

de sua respectiva cidade. Com isso, o congressista igualmente pretendia que a antiga força militar do regime deposto não fosse empregada no interior, bem assim aspirava a que os membros da novel guarda deveriam levar no peito e em seus estandartes estas palavras: “Liberté, Égalité, Fraternité”. E o que houve depois? Entre outras coisas que os anais registram, uma matança extranumerária que, segundo os cálculos do historiador René Sédillot, alcançou o número expressivo de dois milhões de pessoas. O que prova, uma vez e de novo, que as boas ideias (ou grandes ideais) fizeram (ou fazem) muitas vítimas.

19 Para maiores aportes sobre a nota anterior, bem assim para indicação da fonte de onde foi colhida a transcrição relativa a esta, ver: DOMÈNECH, Antonio. *El eclipse de la fraternidad*. Una revisión republicana de la tradición socialista. Barcelona: Crítica, 2004. p. 12 e ss.

candentes, como, *verbi gratia*, sobre a opinião de que os seres humanos são, ou não, proprietários de si mesmos; sobre qual seria o modo legítimo de se adquirirem e transmitirem direitos numa comunidade organizada; e acerca das condições mínimas de bem-estar dos indivíduos num corpo social saudável<sup>20</sup>.

Comparto a convicção de que o progresso técnico e científico é uma realidade palpável: ninguém que precise ir ao dentista, hoje, poderia negá-la, mormente ao ser anestesiado para tratar uma cárie; também, qualquer um que vê o planeta habitado por mais de sete bilhões de pessoas que precisam se alimentar diariamente (embora muitas delas não consigam, mas não por falta de alimentos, antes por carência de condições para os adquirir) igualmente o reconheceria sem peias. Outrossim, entendo que o progresso ético e político, se não é exatamente um mito como sustêm alguns proeminentes pensadores, é, seguramente, mais um discurso público do que uma verdade histórica ou sociológica demonstrável. E por quê? Porque os fatos da vida – com ênfase na história dos povos (ainda quando não organizados em Estados – basta atentar para os campos de refugiados, nos quais crianças, mulheres e idosos vivem sob condições desumanas) e das nações – patenteiam, todos os dias, que os avanços morais e políticos sofrem regressões brutais e repentinas com muita frequência. Os exemplos pululam<sup>21</sup>.

Efetivamente, numa dimensão mais restrita, penso que a reforma trabalhista operada e objeto desta pequena análise é, no microcosmo sociológico que partilhamos, em expressiva medida e em mais de um dos seus pontos, um caso de retrocesso não somente do direito trabalhista, mas é, do mesmo modo,

20 GRAY, op. cit., p. 52.

21 Por todos, cito passagem expressiva de John Gray, literalmente: “Cuando el vicepresidente del principal régimen liberal del mundo declara que ‘submergir a personas en agua’ (refiriéndose a la aplicación de la técnica de asfixia por inmersión en agua conocida como *waterboarding* o ‘submarino’, empleada anteriormente, por ejemplo, por el régimen de Pol Pot y por los japoneses durante la Segunda Guerra Mundial) no tiene nada de malo, cuando dice que no ve problema alguno en aplicar una ligera ‘inmersión en agua’ – una forma de tortura que puede provocar fácilmente la muerte o daños psicológicos y físicos permanentes –, advertimos lo mucho que han cambiado las cosas en el plazo de unos pocos años... En ética y en política, todos los avances (y hablamos de avances que son reales, porque el avance de la abolición de la tortura –, cuando menos, de la prohibición legal de ésta – fue real) pueden perderse y pueden perderse rápidamente, en un abrir y cerrar de ojos, casi sin que nadie se aperciba de ellos. Por lo tanto, la primera idea que deseo transmitirles es que, mientras que en ciencia y en tecnología el avance acumulativo humano no sólo es posible, sino también real (es un hecho), en ética y en política es, en buena medida, un mito. No hay triunfo que no pueda perderse ni victoria que, con el tiempo, no acabe probablemente perdiéndose. Lo que sí, podemos hacer, no obstante, en cuanto adquirimos conciencia de esto, es aferrarnos a los avances durante más tiempo, defenderlos más decididamente, más estoicamente, con mayor determinación: *aferrarnos a los elementos esenciales, por así decirlo, de una forma de vida civilizada*”. (GRAY, John. *Tecnología, progreso y el impacto humano sobre la Tierra*. Entrevista: Daniel Gampfer Sachse. Barcelona: Centro de Cultura de Barcelona, 2007. p. 20-21 – destaquei)

um passo atrás do senso ético hodierno (nada obstante, não só isso!) aplicado às relações laborais, do que dão testemunho a permissão, que se levou a efeito sem qualquer discussão mais ponderada, aparentemente, de que as mulheres grávidas possam trabalhar submetidas a condições insalubres, bem assim a portaria ministerial que relativizou o combate ao trabalho escravo, ao que voltarei adiante.

Qual o ponto, enfim, deste título? Ei-lo, para que a minha posição fique exposta o quanto adequado for à clareza: a liberdade é um valor humano indiscutível, a ser protegido e resguardado. Mas ela somente é autêntica se parametrizada em leis e em instituições sólidas, de modo a que o grau de liberdade de um não viole o grau de liberdade do outro, antes que reciprocamente se estimulem e se protejam; isto é, o exercício da liberdade precisa ser compartilhado socialmente, de maneira tal que cada um seja responsável pelos outros e todos o sejam por um. A liberdade, tomada como abstração, nunca existiu realmente, salvo no estado de natureza de que falam filósofos saudosos, e nem mesmo é defendida pelos mais importantes representantes do Liberalismo Político em sua vertente mais conservadora. Alguns limites são – e sempre foram, em todas as épocas – devidos e eles seguem variando ao longo do processo histórico, evidentemente. O problema é saber quais, a cada vez.

Como diz Scruton, um insuspeito conservador e polemista contemporâneo, precisamente as leis e as instituições que garantem a convivência social constituem um “núcleo de moralidade universal” – a “lei natural” dos juristas romanos e de Santo Tomás de Aquino, “a lei moral” ou “o imperativo categórico” de Kant ou a “Regra de Outro” dos teólogos cristãos<sup>22</sup>. Numa linguagem moderna, de semântica ínsita ao período pós-Segunda Guerra Mundial, diria que esse núcleo universal são os “direitos humanos”. O que há de comum entre essas regras ou princípios ou normas de metadireito, é o que cabe indagar. O autor inglês não o diz, mas digo eu, sem evidentemente comprometê-lo com o meu prognóstico: seguramente a prescrição de que precisamos fazer ao outro aquilo que gostaríamos que fizessem a nós (pressupondo, claro, que não sejamos masoquistas!), cuidar deles e protegê-los contra as injustiças, evitar sua opressão ou exploração, impedir a sua instrumentalização para fins quaisquer. O que lembra a velha definição de Ulpiano, para quem a justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu.

---

22 SCRUTON, Roger. *As vantagens do pessimismo e o perigo da falsa esperança*. São Paulo: É Realizações, 2015. p. 49.

## 4 – A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE VEDA O RETROCESSO SOCIAL

Os momentos de crise impõem sacrifícios a todos, é verdade. E não uso a cláusula jurídica da vedação do retrocesso social como panaceia para negar os fatos da vida econômica e social. Essa doutrina teve as suas primeiras formulações no direito europeu, especialmente na Alemanha pós-guerra, quando, no final dos anos 60 e início dos anos 70 do século XX, o tamanho do Estado Social criado ao fim do evento bélico encontrou dificuldades de financiamento, impondo-se um movimento de rediscussão do desenho institucional adequado às novas demandas e à realidade dos inusuais tempos. Tal debate não é novo, porque, como reconhecem os economistas de diversos matizes ideológicos, não apenas os marxistas, o capitalismo gera crises cíclicas. A discussão que então se fez e se faz a cada novo episódio catártico é saber como enfrentá-las. As corriqueiras e velhas fórmulas que sugerem restrições a direitos são sempre as que aparecem em primeiro lugar, uma e outra vez. E são ditadas com intensa jactância.

Simplificando o desenho conceitual: a cláusula de vedação do retrocesso social impõe ao legislador, de modo geral, e ao administrador público, de maneira particular, um limite à sua atuação, de modo que ela não possa ir além das fronteiras básicas do sistema de proteção social sem antes esgotar toda e qualquer possibilidade que preserve os direitos sociais conquistados, tanto mais se esses direitos constituírem exatamente os mais universalizáveis da ordem jurídica. Explicando melhor: não se promovem retrocessos nos direitos sociais, se existem alternativas legítimas a essas mudanças que as suplantem em vantagens e que, por outro lado, imponham menos sacrifícios para a sociedade em seu conjunto; bem assim, não são admissíveis os rebaixamentos de direitos (sociais ou fundamentais) que se destinam a todos ou à grande parte do corpo comunal em troca de direitos ou vantagens que albergam apenas estamentos ou parcelas menos expressivas desse mesmo corpo<sup>23</sup>.

Rechace-se, de logo e portanto, a concepção segundo a qual a cláusula de vedação do retrocesso social – que, em nosso caso, segundo a doutrina razoavelmente assente, está contida no art. 7º da CF/88, como também no art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica, sob a epígrafe de *Desenvolvimento Progressivo* – impediria a mudança nos direitos sociais, trabalhistas ou previdenciários, cristalizando-os. Definitivamente, não é disso que se cuida. O que

---

23 Obviamente que não estou a tratar de números absolutos, numa espécie de conta um a um, bem como não estou a abordar a questão relativa aos grupos vulneráveis ou de minoria, os quais merecem especial atenção do Poder Público. O tema não se coloca aqui.

ela proíbe é algo mais modesto e menos fantasioso: a alteração essencial do direito social consolidado, de tal maneira que se lhe retire o núcleo substancial, descaracterizando-o ao ponto da ineficácia ou da irrelevância. Não existe interdição à modificação do direito positivado ou mesmo proibição taxativa à sua substituição. Mas o sistema de proteção social deve permanecer equilibrado. É que, em Direito como na vida, descabe o absoluto; o absoluto é próprio da religião ou das torcidas de futebol e, como ensinou Heráclito há tantos séculos, não se pode predicar a imobilidade nos assuntos humanos.

Nesse sentido, a ideia é evitar que agendas políticas fragmentárias ou ocasionais imponham, por circunstâncias particulares ou por atuação de maiorias fortuitas, valores ao corpo social em detrimento do avanço civilizacional alcançado por essa mesma comunidade. A não ser assim, a própria atividade legiferante poderia constituir-se em fator de instabilidade e de retrocesso, ou mesmo se poderia converter em elemento de retirada de eficácia das prescrições constitucionais tuteladoras de determinada classe de direitos, ainda quando as normas legais implementadas não incorressem em inconstitucionalidades flagrantes.

Um contraponto ao princípio em referência é o igualmente constitucional e também de origem teutônica *princípio da reserva do possível*, segundo o qual as limitações financeiras e econômicas devem ser levadas em consideração na efetivação dos direitos, o que é, claro, incontrastavelmente legítimo. Todavia, esse princípio não pode ser invocado pelo Poder Público para se eximir de responsabilidade que a Constituição lhe impõe, como deixou claro o Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário 639.337/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 23.08.2011. No acórdão, em cuja ementa há expressa referência ao princípio da vedação do retrocesso social num caso sobre atendimento a crianças de até 5 anos em creches e pré-escolas no Município de São Paulo, restou assentado o seguinte:

“A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade do ser humano.”

São – cláusula *de vedação do retrocesso e reserva do possível* –, pois, princípios de mesma índole supralegal que orientam o intérprete e o legislador em suas respectivas atuações. Como quer que seja, os direitos sociais – e esse é

o ponto que desejo fixar neste momento – não podem ser sacrificados no altar da rentabilidade das empresas, ou seja, é inadmissível que eles sejam apoucados para aumentar o retorno do capital, simplesmente. E não porque haja algum problema com o lucro, que é algo incontestavelmente legítimo; problema algum, repito, porque o lucro é moral, é legal e é constitucional, mas porque ao patamar civilizatório ao qual chegamos repugna essa ideia de sacrificar direitos mínimos, que integram a consciência ética da comunidade, porque básicos, não para garantir outros de igual envergadura, senão para acrescer vantagens a ganhos já percebidos por quem não é socialmente frágil.

A cláusula que torna defeso o retrocesso social tem acatamento na jurisprudência do STF, em diversas passagens. É verdade que, manejada em outras tantas circunstâncias à guisa de argumento para sustentar determinada posição, como no caso da ADI 3.105, Relator Ministro César Peluso, com o fito de evitar a contribuição previdenciária para os aposentados ou inativos, foi afastada como fundamento proibitivo aceitável, não obstante a posição do Ministro Celso de Mello. Em seu voto vencido, S. Exa. pontificou o seguinte: “a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos”. E ali se deixa consignada, também, penso eu, a premência de estabelecimento de compensações quando a necessidade impuser alguma restrição a direitos sociais já consagrados, de modo a razoavelmente preservar um *status* social – a expressão é minha – consolidado.

Caminhando por outras searas, quando do julgamento do RE 658.312, proveniente de Santa Catarina, no âmbito do qual se discutia a prevalência do art. 384 da CLT após a sobrevivência da Constituição de 1988, uma vez que o argumento principal da empresa era o de que o dispositivo não fora recepcionado pela novel ordem constitucional diante do que dispunham os seus inciso I do art. 5º e inciso XXX do art. 7º, o Ministro Celso de Mello, de modo bastante didático, voltou a sustentar o alto teor normativo da cláusula de vedação do retrocesso, e disse:

“Como se sabe, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1.

ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 127-128; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Item nº 03. Coimbra: Almedina, 1998. p. 320-322; KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 40; SARLET, Ingo W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: *Interesse Público*, Notadez, n. 12, p. 91-107, 2001; ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. Itens ns. 3.1 a 3.4. São Paulo: LTr, 2013. p. 107-139, v.g.).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.”<sup>24</sup>

Foram muitas as situações em que o eminente decano do Supremo Tribunal Federal invocou a cláusula de vedação do retrocesso em seus votos como legítimo argumento para se aferir a constitucionalidade de leis ou para se aquilatar a atuação estatal, como se vê, por exemplo, nos processos: ADI 3.105/DF, ADI 4.350/DF, ARE 727.864-AgR/PR, RE 581.352-AgR/AM, RE 795.749-AgR/CE, STA 223-AgR/PE.

Sem fazer alusão ao princípio em referência, o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) teve a ocasião de julgar um processo no qual era discutida a validade de decretos da Andaluzia que regulavam a concessão e o pagamento de prestações econômicas complementárias às pensões por aposentadoria e invalidez na modalidade não contributiva, configurado o conflito positivo de competência entre o poder local e o nacional. Na oportunidade, o tribunal vaticinou que “no puede olvidarse que hemos interpretado también el art. 41 de la

---

24 É verdade que o aludido acórdão foi anulado pelo STF ao julgar embargos de declaração interpostos nos quais foi acusado defeito de notificação para a sessão de julgamento. Reconhecida essa irregularidade, o Colegiado anulou, de fato, o julgamento, determinando o rejuízo da causa, com a esmerada notificação dos contendores. Em prosseguimento, o Ministro Dias Toffoli, relator, proferiu, em 14.09.2016, voto pelo desprovemento do apelo empresarial, tendo o julgamento, de novo, sido adiado, desta feita, por força do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, para cujo gabinete os autos foram enviados em 03.02.2017. Esta é a situação, ainda hoje, do recurso. Ocorre, entretanto, que o motivo processual que determinou a anulação do julgamento não interfere com a apreciação doutrinária realizada pelo decano do tribunal sobre a cláusula de vedação do retrocesso social, motivo por que resolvi manter a referência no texto.

Constitución<sup>25</sup> en el sentido de que establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca *las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla*” (STC 239/2002, de 11 de dezembro, publicada no BOE nº 9, de 10 de janeiro de 2003) (destaquei).

Conquanto não diga respeito pontualmente ao direito do trabalho, mas de previdência e assistência social, dado que o direito espanhol trata sob a mesma perspectiva aquele e estes, enquadrando-os sob a rubrica *direito das relações sociais*, a decisão aludida é importante pelas lições que ministra, notadamente no que concerne ao alcance que se deve dar a obrigações legais num Estado que se diz social de direito e democrático, como é o Brasil (CF/88, inciso IV do art. 1º e art. 3º). Ali se pontua igualmente:

“En definitiva, es una exigencia del Estado social de Derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de la Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE. Esta confluencia no puede impedir a las Comunidades Autónomas que actúen en esta franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE. Ahora bien, tal posibilidad de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, referida a esta zona asistencial, exige que la Comunidad Autónoma aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico (art. 149.1.17 CE).”

No aspecto doutrinário, tanto no Brasil quanto na Europa, há doutrinadores de escol sufragando a importância e a dimensão normativa do aludido princípio. Cito, na sequência, passagem de Wolfgang Sarlet, cujo texto foi

---

25 Para efeito de registro, apresento o art. 41 da Constituição espanhola: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.



publicado em homenagem ao constitucionalista alemão Peter Häberle, e do qual assinalo a seguinte passagem:

“Por otro lado, independientemente de que los deberes de progresividad (en materia de derechos sociales) y de desarrollo puedan ocupar un lugar destacado, sigue siendo necesaria una preocupación permanente en relación a la consolidación y mantenimiento de los niveles sociales mínimos alcanzados, en las distintas esferas de seguridad social y tutela de los derechos sociales comprendidos en toda su amplitud, como condición de funcionalidad de la propia democracia y supervivencia del Estado constitucional. Más aun teniendo en cuenta la inestabilidad económica que se advierte a escala global, debido a los efectos perversos (aunque no podemos olvidar sus consecuencias positivas) de la globalización, en particular en el plano económico. Efectivamente, entre los diferentes efectos perversos de la crisis y de la globalización económica (aunque no se pueda imputar a la globalización todo lo malo ocurrido en las esferas social y económica) se encuentra la diseminación de políticas de flexibilización y hasta de supresión de garantías de los trabajadores (más aún ante el aumento de los niveles de paro y de los índices de subempleo), reducción de los niveles de prestación social, aumento desproporcionado de las contribuciones sociales de los participantes en el sistema de protección social, incremento de la exclusión social y de las desigualdades, entre otros aspectos que podrían ser mencionados. Así, una vez esquematizada en términos generales y conscientemente breves e incompletos, la relación entre derechos sociales y la llamada prohibición de retroceso pasaremos, en el siguiente epígrafe, a enfocar más de cerca la prohibición de retroceso y su posible papel en el contexto de formación (y preservación) de un derecho constitucional común latinoamericano.”<sup>26</sup>

Um questionamento que se faz, no entanto, e que vem sendo reiterado entre nós, diz respeito ao que deveria acontecer nos momentos de crise econômica. Insinua-se se não seria o caso de permitir uma mitigação do nível de proteção dos direitos sociais, mormente os trabalhistas, diante da realidade que se impõe: os recursos são escassos; os empregos, poucos; as oportunidades de renda, limitadas, etc. Registrei, em linhas passadas, a voo de pássaro, o que penso disso, porém insistirei um pouco mais agora, antes de passar adiante.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ISSN 1697-7890, n. 11, p. 87-134, 2009 (ejemplar dedicado a: homenaje a Peter Häberle – I).

## DOCTRINA

O *busílis* pode ser colocado, resumidamente, assim: diante de um cenário de crise econômica, não seria a hipótese de mitigar a salvaguarda dos direitos sociais – notadamente os trabalhistas –, de modo a permitir a extensão deles a uma parcela maior da população (menos direitos para mais gente!), atualmente desassistida, e, com tal providência, incorporá-la ao mercado de trabalho e, por tabela, ao mercado de consumo? É que, para os defensores dessa corrente, o excesso de proteção afasta o investidor e torna cara a contratação. Simplificar e baratear poderiam ser o caminho, gerando emprego.

Caminhemos por partes, como convém quando se lida com assuntos complexos. Em prolepse, redarguiria, para começar, que há argumentos efetivamente muito consequentes aí, ao lado de outros que não o são ou que têm impacto, ao que parece, bem menos importante do que se diz. É um lugar-comum que a desburocratização da vida nacional – e não só do mercado de trabalho – seria um avanço importante, mesmo fora da crise. Assim como seria de todo aconselhável poder admitir e demitir sem tantas amarras, como alguns clamam com vigor, igualmente seria adequado poder casar e descasar mais facilmente, poder contratar e descontratar um serviço de telefonia celular ou de TV a cabo sem impensáveis dissabores, poder obter uma certidão cartorária sem enfrentar uma via-crúcis, poder renovar a habilitação para dirigir sem se submeter a uma maratona, poder conseguir empréstimos bancários a juros decentes, poder receber resposta em tempo hábil de um prestador privado de serviço público sem passar pela agonia de trâmites infernais e vozes de robô que remetem maçantemente a novos ramais, poder descansar em casa à tarde ou à noite sem ser reiteradamente incomodado por telefonemas de *call center* oferecendo os mais variados produtos e serviços... No país, não é verdade que é o Estado apenas que esmaga o cidadão, igualmente o setor privado o faz. É dizer: há uma sufocante burocracia pública e outra, igualmente asfíxiante, burocracia privada. Ambas produtos de manifesto atraso cultural. Logo, o que se tem é a restrição do debate, concentrando-se indevidamente a crítica em quem e no que ela pode e deve ser feita, porque correta em inúmeros pontos, mas ideologizando a dimensão de responsabilidade de uns e calando – ou simplesmente negando – o grau de responsabilidade de outros.

Não se pode olvidar a tormentosa questão da corrupção, em grande medida responsável pelas agruras da atual situação de retração econômica entre nós. De se gizar que o país vinha numa trajetória de crescimento econômico com inclusão social, a qual foi seguida de uma forte recessão, de cuja tormenta ainda não saímos. A corrupção endêmica, se não é a responsável pelo estado das

coisas diretamente (e nada o é sozinho!), é, sem dúvida alguma, grandemente responsável por parcela considerável dela<sup>27</sup>.

Em segundo lugar, talvez convenha admitir que o pleno emprego é uma aspiração legítima, embora uma realidade pouco vista mesmo nos Países desenvolvidos, por motivos que cabem ser explicados antes mais bem por teóricos econômicos. O fato social e historicamente comprovado, em si, é que ele é uma bela exceção em tempos brevíssimos e sublimes de bonança. Uma rede de proteção social e de amparo ao emprego, portanto, é um imperativo não só de política social em sentido estrito, mas também é um ditame de racionalidade econômica e o é sobretudo um postulado ético. Dizendo com outras palavras, para tentar dizer com mais simplicidade: nos períodos de crise, não me parece justo caber aos trabalhadores serem os primeiros a arcar com os custos dos ajustes.

Em terceiro lugar, é forçoso perceber que, nas conjunturas adversas, as soluções são frequentemente as mesmas, nessa ordem: corte de direitos sociais e aumento de impostos para a classe operária e para a classe média. Ou não é essa a repetição do que tem sido visto no enredo brasileiro? Os estratos mais ricos da população acabam por ser usualmente isentados do sacrifício. De consequência, Sísifo é somente o homem trabalhador, a carregar a pedra morro acima, na angustiante perspectiva de que ela rolará uma e outra vez morro abaixo. Poderíamos experimentar outro elixir?

A propósito do remédio comumente ministrado pelo receituário mais liberal (no sentido de liberalismo econômico vigente entre nós), eis um testemunho que julgo importante sobre os recentes casos português e espanhol de

---

27 Não me deterei nessa abordagem, porque seria um desvio de foco, mas me permito apresentar fragmento de relatório da insuspeita Fiesp sobre o impacto da corrupção na eficiência da economia brasileira, produzido no ano de 2010, quando o Brasil ocupava a 79ª posição no *ranking* da transparência internacional entre os países mais corruptos do mundo. Ali se afirma: “As perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção foram estimadas considerando um nível de corrupção percebida no país igual à média de uma cesta de países selecionados. Se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual à média desses países de 7,45, o produto *per capita* do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, estima-se que todos os recursos liberados da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegue a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes 2,3% do PIB. No entanto, este valor corresponde a um referencial teórico em que se considera um nível de percepção da corrupção tendendo a zero, condição que não foi observada por nenhum País até então.” *In* Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. Decontec, março de 2010. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjzmlLU8\\_rWAhWFHpAKHbQUABsQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fiesp.com.br%2Farquivo-download%2F%3Fid%3D2021&usq=AOvVaw3nuNdZSkRM1WlF0Jrzc3Up](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjzmlLU8_rWAhWFHpAKHbQUABsQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fiesp.com.br%2Farquivo-download%2F%3Fid%3D2021&usq=AOvVaw3nuNdZSkRM1WlF0Jrzc3Up)>. Acesso em: 18 out. 2017.

crise, deixando de lado, dado o espaço, os igualmente significativos casos da Grécia, da Itália e do México:

“La OIT concluye que, a pesar de todas las reformas legislativas y administrativas, el mercado laboral portugués no ha mejorado desde 2011. Efectivamente, desde esa fecha, se ha agravado la tendencia para introducir reformas en las leyes del trabajo, especialmente en lo que respecta a los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. No siendo posible abordar todas las cuestiones jurídico-laborales problemáticas desde el punto de vista constitucional, se hará mención, por lo menos, a cambios en tres áreas distintas: salarios, normas de despido y tiempo de trabajo/trabajo extraordinario.

(...)

La situación del empleo en España era ya bastante compleja antes de la crisis económica, con tasas de paro elevadas y sistemáticamente por encima de la media de la OCDE. Por ello, los daños causados por la crisis fueron particularmente duros, con un enorme aumento del desempleo, que alcanzó un valor máximo del 26,3%, en 2013, y sigue en valores superiores al 20% (22,5% en junio de 2015). El desempleo de larga duración es un fenómeno común, correspondiendo a cerca del 53% del paro total. Los números son preocupantes, ya que hay un serio riesgo de que estas personas se conviertan en parados estructurales, sin motivación para regresar al mercado laboral, lo que implica una gran pérdida de capital humano.”<sup>28</sup>

O que se diz entre nós, reitero, é que o remédio proposto, apesar de amargo, aumentará as taxas de ocupação e, por isso, deve ser ministrado. A experiência tem revelado, no entanto, conforme os dois casos atrás citados, que esse mesmo receituário que agora nos é aplicado não funcionou em outras praças e, ao contrário do que se propugna, o que fez foi aumentar o desemprego ou hipertrofiar os postos precários e, conseqüentemente, aprofundar a crise. Isso se dá por vários fatores, entre eles, porque, não sendo uma ciência exata, a economia tem um forte apelo psicológico e emocional; ela trabalha com expectativas e sentimentos também. Com medo de perder o emprego ou não poder honrar os seus compromissos ou ter fortes baixas em suas rendas, as pessoas simplesmente param de consumir. O resultado é que, passado o tem-

---

28 CANOTILHO, Maria Rodrigues. *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Tesis doctoral dirigida por Francisco Balaguer Callejón (dir. tes.). Granada, 2015. Disponível em: <<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/41149/1/25542163.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

po, com uma massa salarial assim diminuída, o que se promove é uma maior concentração de renda e o aumento da desigualdade.

Sobre o resultado desalentador da hipertrofia da desigualdade provocada por restrições nos direitos sociais, há economistas de tradição liberal que o afirmam, categoricamente, *in verbis*:

“En todas las crisis de las que se dispone de datos, la incidencia de la pobreza aumentó al comienzo de la crisis, y en todos los casos – transcurridos entre uno y cinco años, según el país – alcanzó niveles superiores a los anteriores al comienzo de la recesión. Con frecuencia las crisis se vieron acompañadas por una creciente desigualdad de ingresos, que aumentó al comienzo de la crisis en cinco de ocho episodios de los que se dispone de datos, y en 15 de 20 episodios aumentó tras el comienzo de la crisis.”<sup>29</sup> (destaquei)

Os autores que fazem uma análise da questão da pobreza na América Latina chegam a apontar a circunstância de que, ao longo da década de 1990, as disparidades salariais na região estavam entre as maiores do mundo, ao ponto de significar o dobro daquelas observadas nos Países desenvolvidos. E onde estava a causa desse fenômeno? Eles esclarecem que se tratou de um fenômeno multifatorial, mas destacam o desnível da renda provocado pela assimetria do capital humano – educação! – e devido, ainda, “a características de los puestos de trabajo (por ejemplo, gerentes frente a trabajadores manuales; sectores modernos frente a sectores tradicionales; *empleo informal frente a empleo formal*)” (destaquei).

Esse mesmo diagnóstico é apontado em outro estudo importante, recentemente publicado e que faz uma análise a partir do livro do economista francês Thomas Piketty. Para os autores dele, a dinâmica apontada por Piketty e pela evolução da participação dos excedentes empresariais na renda nacional desde 1980 (não por coincidência, quando da recidiva das tendências neoliberais com os governos Reagan e Thatcher) apontam para uma diminuição progressiva da participação dos salários na renda nacional e, conseqüentemente, para o agigantamento das desigualdades sociais. Isso seria explicado pelo fato de o capital atuar para manter a taxa de retorno que, não alcançando corrigir a tendência decrescente de sua produtividade, promove o reforço da exploração do fator de produção “trabalho”. Resultado: aumento da concentração de renda e da desigualdade.

---

29 LUSTIG, Nora; ARIAS, Omar. *Reducción de la pobreza – finanzas y desarrollo* – marzo de 2000. Fondo Monetário Internacional. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2000/03/pdf/lustig.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2017.

E adiante, investigando a economia americana no período de 1910 a 2010, ou seja, com dados estatísticos de um século, os subscritores, a partir de critérios que esclarecem serem diversos dos utilizados por Piketty, afirmam que suas conclusões são idênticas às deste. Afirmam, à guisa de conclusão, que apesar de longa vai literalmente citada, dada a relevância para o debate:

“El análisis presentado ha tratado de explicar el comportamiento de las condiciones de distribución y producción de la economía de Estados Unidos en el muy largo plazo (1910-2010), a partir de la utilización de la Historia Económica. Desde esta concepción del análisis económico, las condiciones de distribución se hacen depender de la participación de los excedentes empresariales en la renta nacional ( $q$ ), mientras que las condiciones de producción se hacen depender de la productividad del capital ( $k$ ), y el nexo que une ambas es la tasa de beneficios ( $r$ ), siendo  $(r)=(q)*(k)$ . Esta aportación complementa, con otras fuentes, las contribuciones más recientes sobre economía de la desigualdad, particularmente las de Thomas Piketty, desde el análisis de registros fiscales. Los trabajos de Piketty estudian la evolución de la desigualdad a partir de la participación en la renta nacional del 10% más rico de la población norteamericana entre 1910 y 2010. En nuestra investigación –sustentada en las macromagnitudes de la contabilidad nacional–, la desigualdad se escudriña con la participación de los excedentes empresariales ( $E$ ) en la renta nacional ( $Y$ ), con la expresión  $E/Y=q$ . Estos resultados se acercan claramente a los de Piketty, a pesar de la utilización de fuentes estadísticas distintas, con elevados grados de correlación.

(...)

Por tanto, por un proceso creciente en la desigualdad de la distribución de la renta, mientras la productividad del capital (o el grado de eficiencia técnica con la que se utilizan los equipos productivos) sigue una persistente y lenta caída en sus magnitudes, que se inicia ya desde mediados de los años sesenta del siglo pasado. Esto permite inferir una reactivación de los rendimientos decrecientes del capital productivo, que la fase neoliberal no ha conseguido revertir. En contraposición al estancamiento de la rentabilidad de la economía productiva, en la fase neoliberal se ha dado un auténtico crecimiento exponencial en las ganancias del capital financiero y de la desigualdad en la distribución de la renta, que justamente alcanza en esta etapa cotas nunca antes vistas en términos de

beneficios extraordinarios, muy por encima de los rendimientos normales alcanzados en la etapa de la regulación keynesiana.”<sup>30</sup>

A reforma trabalhista brasileira de 2017 vai na contramão do que seria desejável, porque aumenta as possibilidades do emprego a tempo parcial à guisa de diminuir a informalidade; precariza o mercado de trabalho, diminuindo o poder dos sindicatos, o que provavelmente derrubará salários; e rebaixa direitos consagrados há décadas.

Não parece provável que funcione, aqui, o que, ali, não deu os resultados prometidos. E uma promessa que nunca acontece, que é adiada *sine die*, não é uma esperança, é uma frustração renovada e qualificada.

E Prometeu segue acorrentado!

### 5 – AS MUDANÇAS DA LEGISLAÇÃO E DA CLT: AVANÇO OU RETROCESSO E PARA QUEM? BREVÍSSIMOS COMENTÁRIOS

Sendo direto: sou dos que pensam que uma reforma trabalhista, em questões diversificadas, era necessária, sobretudo no que respeita ao regime jurídico do sindicalismo brasileiro, que padece de grandes defeitos conceituais e, por isso, conviria ser revisto, de modo a fortalecer as entidades sindicais, tornando-as entidades legítimas e efetivamente representativas das categorias profissional e econômica, o que estão muito longe de ser hodiernamente. O modelo sindical brasileiro é atrasado e pouco representativo, todos sabem à exaustão, com a existência de uma miríade de sindicatos com pouca ou nenhuma legitimidade perante a classe. Não é demais afirmar que os sindicatos se proliferam, no país, do mesmo modo e com o mesmo fim com que o fazem os partidos políticos: estes, para receber o fundo partidário; aqueles, a contribuição sindical obrigatória; uns e outros, com pouca ou nenhuma representatividade. Aliás, pôr fim à contribuição sindical obrigatória foi uma das poucas boas medidas da reforma.

As problematizações pertinentes à jornada de trabalho e aos descansos poderiam ser tratadas, desde que respeitada a negociação coletiva. A reforma caminhou, em especial neste campo, mas não só, na direção de privilegiar a vontade individual, enfraquecendo o sindicato, o que me parece um erro crasso. O mais problemático dela, de minha perspectiva, é que trafegou de maneira maniqueísta, com inclinação claramente conservadora, no que esse termo tem

---

30 ERBINA, Carlos Pablo; BADAL, Ferrán Navinés; MACHADO, Javier Franconetti. Distribución de la renta, beneficio y desigualdad: una aplicación a la historia económica de Estados Unidos, 1910-2010. *Revista de Economía Mundial*, ISSN 1576-0162, n. 42, p. 89-108, 2016.

de menos nobre, do que deram prova os debates – algo histriônicos – que se travaram em seu entorno.

Consentir na negociação coletiva é um louvável caminho. Acontece que há um antecedente lógico necessário, que foi francamente negligenciado pelos reformistas: uma profunda modificação do sindicalismo brasileiro, porque o fim da contribuição obrigatória é medida justa, mas muito longe de ser suficiente. A quantidade de sindicatos que temos não espelha a importância de nossa economia nem sua pujança, a rigor, bem ao contrário. Eliminar o princípio da unicidade sindical, permitindo que somente as entidades realmente representativas permaneçam no “mercado” das relações capital-trabalho seria, por si só, embora não o bastante, seguramente um grande passo. Se pudesse sugerir uma mudança como a mais prioritária e de resultados mais viscerais, não hesitaria em apontar a alteração do regime jurídico do sindicalismo brasileiro, porque, a partir dela, alcançadas a representatividade e a legitimidade dos sindicatos, a autonomia das vontades coletivas poderia manifestar-se com mais propriedade, diferentemente do que acontece hoje: um sindicalismo de compadrio, pouco efetivo, com líderes bem pouco ou nada legítimos que se perpetuam na direção das entidades.

Para exemplificar a crítica que acima vai feita: nada obstante o número estelar de sindicatos que temos, com cartas sindicais sendo concedidas pelo Ministério do Trabalho com a mesma frequência com que o Ministério das Comunicações libera concessões de rádio, o fato incontestado e sabido por quem atua no foro é que o Ministério Público do Trabalho – MPTb acaba por atuar judicialmente, inúmeras vezes, repetidas vezes, na defesa de direitos que caberia ao sindicato em sua ação regular. Com mais precisão, o MPTb, não raro, milita na defesa do trabalhador contra o sindicato de sua categoria.

Remeto o leitor para o Portal das Relações de Trabalho lançado pelo Ministério do Trabalho<sup>31</sup> neste ano, com informações preciosas sobre o perfil da organização sindical brasileira. Ali se verá, por exemplo, que tínhamos, na data de 9 de maio próximo passado, na ocasião do lançamento do aludido portal, o estonteante número de 17.289 sindicatos, dos quais 593 são Federações, 49 são Confederações e 14 são Centrais. É espantoso! Uma curiosidade que constatei e me permito apontar é que, desses sindicatos, quase um quarto, precisamente 24,33%, estão situados na Região Nordeste, mais do que os que estão situados no Sul (23,87%). Como explicar isso, consideradas as economias das duas regiões? – seria a pergunta que um sociólogo do trabalho faria. Somente se pode

---

31 Disponível em: <[http://relacoesdotrabalho.mte.gov.br/pentaho/api/repos/:public:SRT:srt\\_principal1.xaction/generatedContent](http://relacoesdotrabalho.mte.gov.br/pentaho/api/repos/:public:SRT:srt_principal1.xaction/generatedContent)>.



explicar, imagino eu, se se admitir que existe um fosso profundo entre a nossa organização sindical e a realidade do mercado de trabalho.

De modo a tentar comprovar o diagnóstico consignado, apresentarei, na sequência, comentários muito sintéticos e meramente ilustrativos sobre algumas das modificações que me parecem constituir retrocessos – e direi o porquê.

### *5.1 – Portaria Ministerial MTB nº 1.129/2017*

Enquanto escrevia este artigo, o Ministério do Trabalho editou a Portaria MTB nº 1.129, de 13.10.2017, publicada no dia 16, por meio da qual, segundo os termos de sua ementa, o que se pretendia era regulamentar a concessão do seguro-desemprego aos trabalhadores resgatados de situação análoga à de escravo. O Brasil vinha de se destacar, inclusive no âmbito internacional, no combate a essa prática desumana e criminosa, apesar de ainda apresentar índices vergonhosos de trabalhadores, até mesmo crianças, submetidos a ela.

De chofre, ao ler o documento, imaginei, um tanto melancólico, que a aludida portaria faz parte de um conjunto maior de ações, todas na mesma linha – a qual penso estar equivocada –, que, no fundo, o que concretiza é flexibilizar a tutela legal dos trabalhadores de um modo geral, e os do campo, no caso específico, sob o pretexto de os proteger. Realiza-se a profecia pós-moderna: nessa era, tudo parece impregnado do seu contrário.

Tendo em conta a proteção legal mediante a criminalização da conduta de exploração, observe-se o que diz o art. 149 do Código Penal Brasileiro ao tipificar o crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo, literalmente:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.”

Seriam várias as críticas possíveis aos termos da portaria ora abordada, mas me eximo de as empreender neste momento porque não é o objeto do estudo. Contudo, faço pequenas alusões, tão só para mostrar que as alterações recentes na legislação de proteção ao trabalho que vimos de observar seguem todas na mesma trilha: a pretexto de dar guarida ao trabalhador, o que se faz, pelo menos à primeira vista, é exatamente o inverso, expondo-o a maiores riscos e à perda de direitos, apoucando o seu *status* de tutela legal.

## DOCTRINA

Não me parece adequado que se interprete a lei penal por meio de portaria ministerial – para começo de conversa. O que corre o risco de acontecer, conseqüentemente, é que a autoridade judiciária competente, diante de um caso concreto, pode entender caracterizado o crime capitulado no art. 149 do CP, com sentença transitada em julgado, porém, como a portaria criou condições não previstas em lei para o reconhecimento *administrativo*, deixando a última palavra, nesse campo, para o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, a autoridade administrativa local, em tese, não poderia sequer inscrever o infrator – punido penalmente – no Cadastro de Empregadores, estabelecido na PI MTPS/MMIRDH nº 4, de 11.05.2016 (a chamada *lista suja*).

Igualmente, outro passo além do razoável dado pela portaria, foi o de criar uma condição não prevista legalmente para a caracterização do que se chama de *condições degradantes* e de *jornada exaustiva*, na seara administrativa. E qual é essa condição? Precisamente, o cerceamento da liberdade (art. 1º, itens II e III, da Portaria MTB nº 1.129, de 13.10.2017), isto é, se não houver o impedimento de ir e vir, sob o pálio administrativo, não se teria a infração, e o trabalhador não receberia os benefícios legalmente previstos nem o empregador poderia ser, no âmbito administrativo, punido. A mim me parece que é evidentemente insubsistente essa exigência, porque sem amparo legal e, por definição, a portaria, ato administrativo que é, não pode contrariar a lei.

De outra mão, o comportamento que impede alguém de ir e vir caracteriza diversa figura típica, desta feita, aquela capitulada no art. 148 do Código Penal, qual seja, o cárcere privado. Portanto, não faz sentido submeter, no plano administrativo, a configuração da hipótese agasalhada no art. 149 do Caderno Penal a elementos do tipo inscrito no seu art. 148. A confusão que se instala leva o fiscal do trabalho à perplexidade, dificultando a sua operação preventiva e repressiva, maiormente porque o combate a esse tipo de delito – cometido, o mais das vezes, em lugares remotos e de difícil acesso, embora não apenas – requer ações cooperativas e coordenadas, com a formação de força tarefa integrada por profissionais de vários segmentos do Estado, como a Polícia Federal, o próprio MT, o MPTb e o Judiciário.

A portaria, do meu ponto de vista, não somente viola a lei, conforme demonstrado, mas igualmente afronta as Convenções ns. 29 (promulgada aqui pelo Decreto nº 41.721, de 25.06.57) e 105 (promulgada pelo Decreto nº 58.822, de 14.07.66) da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Outrossim, não existe nenhuma relação de condicionalidade entre a exigência ilegal de jornada exaustiva e o cerceamento de liberdade de locomoção, assim como não a há entre a imposição de condições degradantes (por exemplo,

## DOCTRINA

sem proteção adequada, sem comida em qualidade e/ou quantidade suficiente, sem condições sanitárias, sem água potável, sem leite, etc.) e o cerceamento da liberdade. Ao vincular as coisas, o que a portaria faz é criar dificuldades para a atuação do fiscal do trabalho, repito, e, assim, tornar menos eficaz a tutela dos trabalhadores rurais, neste particular.

Em nota oficial que fez publicar no *site* oficial do MTE, disse o ministro, expressamente: “O combate ao trabalho escravo é uma política pública permanente de Estado, que vem recebendo todo o apoio administrativo desta pasta, com resultados positivos concretos relativamente ao número de resgatados, e na inibição de práticas delituosas dessa natureza, que ofendem os mais básicos princípios da dignidade da pessoa humana”<sup>32</sup>. No fundo, bem se vê, a nota ministerial afirma, estritamente, aquilo que os termos da portaria negam, porque, como se viu nas pontuais críticas acima feitas, suficientes aos fins ora visados, o que se deduz da portaria, cujo objeto deveria ser o estabelecimento de parâmetros para a concessão do seguro-desemprego, é a diminuição do espaço de salvaguarda do trabalhador rural, limitando a ação fiscalizadora administrativa e concentrando nas mãos do ministro a decisão sobre a caracterização do infrator como alguém que reduziu o seu empregado à condição análoga à de escravo. É uma hipótese cabal do *duplipensar*, de que falava o genial George Orwell em *1984*: a autoridade governamental faz uma coisa, depois esclarece que fez precisamente o contrário dela, na tentativa obstinada de convencer a todos do acerto de sua ação. Em outras palavras, o discurso do metassujeito oblitera a sua prática, mas se impõe pela força contundente de sua origem estatal viripotente, sobrepondo-se à realidade; é a vocalização por meio da qual o ente governamental postula duas posições contraditórias e, apesar de estar ciente de que elas são reciprocamente excludentes, insiste na correção simultânea de uma e outra.

Quando o texto estava praticamente pronto, em vias de ser remetido à publicação, o Egrégio Supremo Tribunal Federal deferiu liminar, em ADPF (489 MC/DF) impetrada pelo Partido Rede Sustentabilidade, por meio da qual suspendeu a vigência da portaria. Apesar disso, resolvi manter este tópico por duas razões básicas. A primeira, porque se cuida de uma liminar a decisão judicial, sendo certo que a matéria ainda será levada ao Pleno da Corte, para referendo, depois do que, vencidos todos os trâmites inerentes ao procedimento, advirá o eventual julgamento de mérito. Segundo, porque a edição da portaria, com o fim e com o alcance que pretendeu ter, é demonstração da natureza con-

---

32 Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/noticias/5122-nota-oficial-sobre-portaria-n-1-129-2017>>. Acesso em: 16 out. 2017.

servadora e marcadamente regressiva, sob o ponto de vista social, da reforma, como procuro evidenciar.

Em sua liminar, a eminente Ministra Rosa Weber destaca antijuridicidades que maculam a portaria e que são neste trabalho igualmente apontadas, além de outras, conforme excerto abaixo, que transcrevo pelo tom elucidativo:

“Ao atribuir, à expressão jornada exaustiva, significado afastado de qualquer possibilidade semântica a ela assimilável, porque sequer tangencia as ideias de exaustão física ou mental, de jornada excessiva em extensão ou intensidade, a Portaria opera verdadeiro esvaziamento do conceito. Além disso exige, para a sua configuração, a concatenação com hipótese de ‘*privação do direito de ir e vir*’, com o qual não se confunde.

A caracterização do conceito de condição degradante fica, igualmente, condicionada à sua concatenação com a figura diversa do ‘cerceamento da liberdade de ir e vir’, com a qual também não se confunde.” (destaquei)

É o caso de louvar a decisão do Pretório Excelso, embora precária porque sujeita à confirmação do Plenário, e torcer para que seja ratificada, expungindo-se, definitivamente e sem qualquer condescendência, a portaria ministerial do ordenamento jurídico pátrio, porque ela contraria a Constituição Federal, a lei e tratados a que o Brasil obrigou-se internacionalmente.

### *5.2 – Terceirização: Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017*

A Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, a chamada lei da terceirização, promoveu a possibilidade de generalização da terceirização de serviços, afastando a limitação consubstanciada na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, firmada há muito tempo, que restringia as hipóteses lícitas de terceirização aos serviços de limpeza, conservação e segurança, inadmitida a terceirização da atividade-fim. E o fazia, do meu ponto de vista, com exação. Essa posição mais restritiva à terceirização não se trata de academicismo, pois enfrentei, na condição de juiz, a questão muitíssimas vezes. O que vi, na prática, operando não apenas, mas principalmente na cidade de Marum/SE, em unidade judiciária com jurisdição sobre diversos municípios do Estado, com a presença de grandes conglomeradas empresariais, de que são exemplo a Vale e a Petrobras, além de muitas usinas de açúcar e álcool, é que inúmeras empresas prestadoras de serviços não tinham lastro econômico ou financeiro para o fornecimento da mão de obra e, após encerrados os contratos de prestação de serviços (ou mesmo antes disso!), desapareciam sem quitar os direitos trabalhistas dos seus empregados nem cumprir as obrigações previdenciárias.

Tal filme é, ainda, de uma frequência regular inescapável, como o nascer do sol: ninguém precisa ser adivinho para saber que ele, no dia seguinte, surgirá no horizonte leste, assim como ninguém precisa ser quiromante para antever que, cedo ou tarde, terá de lidar com o inadimplemento das obrigações pelas empresas terceirizadas, muitas das quais, sem porte econômico, financeiro ou técnico, descumprem sistematicamente a legislação trabalhista e previdenciária em assuntos os mais mezinhas, como, por exemplo, fornecimento de EPI ou o recolhimento previdenciário.

Em maio de 2013, a Ministra Kátia Arruda falou no evento *A Precarização do Trabalho nos 70 Anos da Consolidação das Leis do Trabalho*, realizado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal. Na ocasião, ela disse, entre outras coisas, que os acidentes de trabalho na Petrobras, por exemplo, aconteciam principalmente com os trabalhadores terceirizados, o que é algo sabido por qualquer pessoa que atue na área trabalhista, e é algo que, infelizmente, continua presente nos dias que correm. Todas as estatísticas o demonstram, estando o Brasil, lamentavelmente, entre os campeões de acidentes do trabalho no mundo, bastando, para constatá-lo, conferir os relatórios do Ministério da Previdência e Assistência Social<sup>33</sup>. Por que isso é assim? Empiricamente assim? Insisto: não se trata de opinião, de posição ideológica; é um fato aferível estatisticamente que os acidentes de trabalho acontecem mais rotineiramente com os trabalhadores terceirizados do que com os empregados diretos. E é assim porque a terceirização promove a precarização das condições de trabalho, conforme se verifica ao se compararem os níveis de acidentes de trabalho entre os empregados diretos e os indiretos, especialmente em setores sensíveis, como o são os de construção civil pesada, petróleo, gás e energia elétrica<sup>34</sup>.

É inegável que o § 3º do art. 5º-A da Lei analisada torna a empresa contratante responsável pelas condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o serviço for prestado em suas dependências ou em local previamente contratado, ou seja, por ela indicado. Ocorre que isso gerará, sem dúvida, uma miríade de discussões, considerando-se que a norma silencia

---

33 Porque não tenho a intenção de recheiar o texto com estatísticas facilmente acessíveis, remeto o leitor que se interessar diretamente ao site da MPAS na internet. Ali, será possível conferir os dados sobre o assunto e ver, com minúcia e segundo números que certamente são subnotificados, o escândalo que é esse drama de acidente do trabalho entre nós, com o gravame de se transferir aos cofres públicos o ônus de pagar prestações sociais relativas aos benefícios previdenciários por cuja ocorrência fatídica, em incontáveis casos, há clara culpa da empresa, que negligenciou normas de proteção e segurança. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/aeps-2013-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2013/aeps-2013-secao-iv-acidentes-do-trabalho/aeps-2013-secao-iv-acidentes-do-trabalho-tabelas/>>.

34 Aqui, remeto o leitor às estatísticas da Fundação COGE. Disponível em: <<http://www.funcoge.org.br/>>.

sobre a proteção relativamente a uma série de situações não taxativamente nela previstas e a propósito das quais a jurisprudência já estava consolidada. Imagine-se, à guisa de ilustração, o caso do acidente de percurso. Uma vez que a lei confere a responsabilidade da contratante no que respeita ao *local da prestação de serviço* (nas dependências da contratante ou em local por ela indicado contratualmente), como ficaria a situação jurídica do empregado terceirizado que sofresse um acidente de trajeto, quando ainda não tenha chegado ao local do serviço propriamente dito? A contratante estaria isenta, e a responsabilidade pelas consequências do sinistro seria exclusivamente da empregadora? Isso gerará seguramente muito debate no foro, uma vez que o que pode ocorrer é que, do mesmo evento sinistro, resultem lesividades para empregados diretos e indiretos. Os primeiros teriam proteção mais efetiva e ampla do que os segundos? Mas aí o princípio constitucional da isonomia não ficaria maculado?

Provavelmente, em situações assim, a jurisprudência pronunciar-se-á no sentido de reafirmar a responsabilidade da contratante, o que insuflará protestos de setores empresariais que, indubitavelmente, vocalizarão a ideia, como vêm de vocalizar, de que o Judiciário Trabalhista resiste à reforma. Contudo, evidentemente, na hipótese, não seria disso que se cuidaria, como fica patente na narrativa, salvo se o tão só fato de pertencer a quadros distintos for considerado pelo intérprete como dissímil juridicamente relevante, de tal modo a placitar as relações jurídicas assimétricas que adviriam.

Outra questão: suponha-se o caso anterior ainda, agora de acidente no local da prestação de serviços indicado pela contratante da empresa fornecedora de mão de obra. Neste lugar, trabalhariam, para efeito de raciocínio, dezenas de empregados, sendo metade deles diretos e os demais, terceirizados. O sinistro seria de grandes proporções, causando sequelas graves em dezenas de trabalhadores e a morte de outros tantos. Imagine-se, também, que a empresa contratante oferecia contrato de seguro-saúde para os seus empregados com cobertura qualificada, inclusive com a possibilidade de internação em quarto individual, com direito a acompanhante, e a terceirizada, de sua parte, fornecia outro plano, de cobertura significativamente inferior, sem direito a quarto individual e sem direito a acompanhante. Parece razoável que os terceirizados – e seus dependentes – recebam tratamento jurídico diverso daquele que receberão os empregados diretos ou os seus dependentes, todos vítimas do mesmo sinistro e, quiçá, da mesma culpa? A resposta transparece por si.

Muito provavelmente, quando controvérsias desses jaezes surgirem, e a Justiça do Trabalho começar a se pronunciar pelo tratamento igualitário, suponha, será acusada de descumprir a lei e de resistir à reforma, de ser um ponto

fora da curva, de ser atrasada, quando, de novo, não é isso. E não é isso porque a lei precisa ser interpretada à luz da Constituição Federal, a quem repugna a inobservância, sem motivo poderoso, do princípio da isonomia.

Percorramos outras sendas: e se não se tratasse de seguro-saúde, mas de seguro-acidente, com pagamento de prêmios significativamente diferentes para os dependentes ou herdeiros dos trabalhadores falecidos? No caso em que dois trabalhadores morressem, sendo um terceirizado e o outro, diretamente vinculado à empresa contratante da terceirizada. Para efeito de raciocínio, pense-se que o terceirizado era da mesma idade do empregado da empresa contratante da fornecedora de mão de obra, ambos sem dependentes menores ou incapazes. Condiria com algum sentimento de justiça que a viúva do trabalhador terceirizado recebesse, por exemplo, um prêmio equivalente à terça ou à quarta parte do valor pago à viúva do trabalhador direto? Ou que a primeira sequer recebesse prêmio algum?

Em Nota Técnica intitulada *Terceirização e Precarização das Condições de Trabalho* (n. 72, março de 2017), o DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos apontou diversos problemas advindos dessa prática, entre eles: a taxa de rotatividade descontada é o dobro nas atividades tipicamente terceirizadas (57,7% para as empresas terceirizadas, contra 28,8% para as empresas contratantes); nas atividades terceirizadas, 44,1% dos vínculos foram firmados no mesmo ano, contra 29,3% nas empresas contratantes; o afastamento por acidente de trabalho é significativamente maior nas empresas tipicamente terceirizadas (9,6% contra 6,1%), ou seja, uma diferença de 36% aproximadamente; os salários pagos nas atividades essencialmente terceirizadas eram, na média, 23,4% menores do que nas atividades tipicamente contratantes<sup>35</sup>.

Chamaria a atenção, por fim, para o quanto disposto nos §§ 1º e 2º do art. 4º da lei, que afastam a formação do vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços e permitem que a prestadora promova aquilo que se convencionou chamar pelo neologismo – de má sonorização – quarteirização. A rigor, portanto, o que era proibido pela jurisprudência reiterada dos tribunais, a terceirização, passou a ser expressamente permitido legalmente, com a possibilidade de se ir além.

---

35 Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

5.3 – Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017

É o momento, agora, de fazer comentários sobre as inovações daquela que vem sendo chamada de lei da reforma trabalhista, de julho, mas cuja vigência, nos seus próprios termos, deu-se a partir de 11 de novembro. A principal crítica eu já fiz antes, de modo que ela fica ratificada: a lei tem um viés claramente unilateral que deslembrou de dar boas-vindas aos novos tempos do mercado e das relações mercadológicas desde uma perspectiva que resguardasse simetricamente os interesses de um e de outro ator da produção, empresário e trabalhador. Como afirmei, mudanças seriam necessárias, sem dúvida alguma. No entanto, de par com serem discutidas com profundidade e em ambiente paritário, no qual os diversos agentes pudessem haver debatido e apontado caminhos, o equilíbrio protetivo, ao meu juízo, com o respeito devido ao legislador, faltou. Isso não significa que todas as mudanças foram negativas, porque não o foram. Indiquei, antes, que o fim do imposto sindical foi um avanço importante e voltarei a registrar, pontualmente, aquilo que julgo ter sido positivo. No conjunto, porém, as desvantagens superam significativamente os pontos positivos. Que fique dito: não farei um inventário exaustivo de umas e outros, nem em extensão nem em profundidade.

Para efeito de abordagem, esclareço que destacarei os dispositivos comentados, transcrevendo o texto do artigo da CLT já com a nova redação promovida pela reforma, sem consignar a redação anterior, de modo a evitar uma extensão demasiada do texto.

5.3.1 – § 3º do art. 2º da CLT

“§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.”

O dispositivo evidentemente enfraquece a tutela do trabalhador, porque, a partir dele, se as empresas A e B, por exemplo, pertencerem aos mesmos sócios, sem qualquer diferença nas suas composições societárias, mas uma for da área de petróleo e a outra, de produção agropecuária, como provar a atuação conjunta? Ela sequer teria lugar! Como provar essa coisa subjetiva e impalpável que é a “efetiva comunhão de interesses”? Foi imensamente dificultada a persecução do crédito pelo trabalhador, quando tiver de reclamar em juízo, portanto.

De acordo com o que havia antes da alteração, o reconhecimento jurisprudencial do grupo econômico dava-se se demonstrada a composição societária, ainda que o trabalhador não tivesse prestado serviços para a empresa B, somente



para a A. E por que era assim? Para garantir ao trabalhador o recebimento do seu crédito, que tem sabidamente natureza alimentar. Com a nova formulação conceitual de grupo econômico, a empresa A pode ser uma campeã de produtividade e lucratividade no mercado internacional, enquanto a empresa B, caso venha a falir, pode deixar os seus empregados sem salários e sem verbas rescisórias, que não poderão ser cobradas da A.

O que se pode considerar um avanço involuntário, todavia, é a possibilidade de a lei haver incorporado taxativamente ao ordenamento positivo a figura jurídica do grupo econômico horizontal, deixando de existir com exclusividade o grupo vertical segundo a descrição da redação anterior do dispositivo, se assim for lido o § do art. 2º (“[...] ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico [...]”).

### 5.3.2 – § 2º do art. 8º

“§ 2º 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.”

Nunca pôde! Decisão judicial que criasse ou suprimisse direitos era, como é, simplesmente ilegal, inconstitucional, porque o Judiciário não é legislador, bem assim porque o poder normativo de que ele dispõe tem aplicação restrita aos dissídios coletivos, conforme preceito constitucional.

O dispositivo é uma platitude que, na verdade, revela a desconfiança, pelo legislador, do Judiciário Trabalhista, sobretudo do Tribunal Superior do Trabalho, cuja jurisprudência firma-se em súmulas e enunciados e orientações que, embora não tivessem declaradamente efeito vinculante, tinham e têm efeito de persuasão das instâncias inferiores. Aliás, não se olvide o novo regime jurídico atribuído às súmulas dos tribunais superiores pelo Código de Processo Civil de 2015, inclusive quanto à recorribilidade das decisões que as aplicam ou que a elas negam vigência.

É sintomático que o CPC de 2015 haja atribuído força obrigatória às súmulas do STF e do STJ (inciso IV do art. 927), mas não o tenha feito relativamente às do TST. Quanto a este, à primeira vista, é a hipótese de invocar o inciso V do mesmo artigo. Houve, resta patente, um tratamento jurídico diferente: sendo a hipótese da corte trabalhista, basta a orientação do Plenário ou do Órgão Especial para que se estabeleça a obrigatoriedade de observância. As súmulas são objetivamente verificáveis; a orientação jurisprudencial, nem sempre.

5.3.3 – §§ 1º e 2º do art. 11-A

“Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.”

Aqui, o que se deu foi a consolidação, na lei, de um entendimento que já vinha sendo adotado por alguns tribunais e juízes do País, com posição antagonista de outros. Isso, a bem da verdade, refletiu-se em duas súmulas com conteúdos diametralmente opostos, do STF (327) e do TST (114), pelas quais se dizia, na primeira, que a prescrição intercorrente tinha lugar no processo trabalhista, o que a segunda negava.

Ocorre que a Súmula nº 327 do STF foi aprovada na sessão plenária do dia 13.12.63 e teve como referências legislativas os arts. 11, 765 e 791 da CLT, sendo vigente a Constituição de 1946, ao passo que a Súmula nº 114 do TST foi aprovada pela Resolução nº 121/03, publicada no DJ 19, 20 e 21.11.03, ou seja, já sob a égide da Constituição de 1988. Como o Supremo não voltou a analisar essa matéria sob o império da CF/88, salvo para dizer que ela não tinha estatura constitucional, criou-se o debate em torno de saber qual desses entendimentos deveria ser referendado. Para uns, a aplicação da prescrição intercorrente, com fulcro no entendimento do Pretório Excelso; para outros, havendo mudança constitucional e sendo o TST a última instância trabalhista, considerada a posição do STF no sentido de que a matéria não era de índole constitucional, prevaleceria a posição expressa na súmula da corte laboral.

Penso que, aqui, a lei teve o mérito de pôr uma solução definitiva à questão, espancando, de vez, o posicionamento errático da jurisprudência. E, como a segurança jurídica é um valor constitucional, os jurisdicionados têm o direito de antever a posição mais ou menos segura de suas cortes de justiça, de modo a poder gerir seus comportamentos na convicção de que agem bem.

No que respeita ao conteúdo material da modificação, entendo que o legislador agiu com parcimônia ao optar pela aplicação da prescrição intercorrente na seara trabalhista, porque as razões que militavam pela sua inaplicabilidade, hoje, tenho a impressão de que não mais prevalecem. Em praticamente 24 anos de magistratura, foram poucos, muito poucos os trabalhadores que vi demandarem sem o auxílio de um profissional da advocacia, tendo os cursos

jurídicos se lastreado de tal maneira que se formam anualmente centenas de bacharéis no país. As informações transitam de maneira nunca vista antes, de modo que é raro, bastante raro, encontrar alguém que esteja alijado do alcance de um advogado ou da assistência sindical.

Afinal, o critério eleito pelo legislador para o início do prazo prescricional foi seguro e claro, não deixando margem à dúvida: a inação do credor, na execução, mesmo diante de provocação do juízo. Essa solução é adequada porque atende às circunstâncias da causa, assim como permite dar cobro a ações que já tenham sido abandonadas pelos seus titulares e que permanecem nos escaninhos (reais ou virtuais) dos foros, com ônus para a administração da justiça.

Com essa configuração, penso que houve resguardo dos interesses tanto do trabalhador quanto do empregador.

### 5.3.4 – § 2º do art. 58

“§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.”

São as famosas horas *in itinere*, que foram, no início, resultado de construção jurisprudencial, consolidada na Súmula nº 90 do TST, e, depois, expressamente previstas na Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001.

Havia dois critérios básicos para que o tempo de deslocamento fosse incorporado à jornada do trabalhador: o local de trabalho precisaria ser de difícil acesso ou não servido por transporte público regular e, por isso, o trabalhador deveria valer-se de transporte fornecido pelo empregador.

O efeito da mudança legislativa é que as horas de percurso não poderão mais integrar a jornada, ainda que o trabalhador leve muito tempo para ir e voltar, em transporte do empregador. A figura das horas *in itinere*, portanto, pela nova lei, foi retirada do nosso ordenamento.

Sempre tive um entendimento muito restritivo para a concessão de horas *in itinere*, por entender que, sendo um benefício para o trabalhador, o empregador não deveria ser sacrificado com o ônus de ter de pagar horas extras por elas ou reduzir a jornada de efetivo trabalho a fim de evitar a sobrejornada. Todavia, observados os pressupostos que a jurisprudência faz décadas estabelecer e que foram albergados na lei, penso que, por imperativo de justiça, elas se impunham como direito.

Se o empregador explora sua atividade econômica em lugar ermo e inacessível por particulares mediante os meios usuais de transporte público, imputar ao trabalhador o encargo de suportar o deslocamento, muitas vezes de horas, sem qualquer compensação, a mim me parece permitir que o empresário se louve desse tempo, apropriando-se dele em detrimento do empregado.

5.3.5 – §§ 5º e 6º do art. 59

“§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.”

Remeto o leitor à censura que realizei em tópico pretérito, pois que ela se põe nesta ocasião: o grande problema foi permitir a pactuação individual do banco de horas, contrariando o que havia antes e a reiterada jurisprudência dos tribunais, dado que a experiência mostra – e revela de roldão – que não existe, como regra, liberdade de pactuação. Com efeito, ao ser contratado, o empregado já é levado a assinar acordos dessa natureza, sem que sua liberdade autêntica interfira minimamente na definição dos correspondentes conteúdos.

Outra regressão foi admitir o acordo tácito para a compensação de jornada, quando, nesses assuntos, o tácito geralmente é sinônimo de impossibilidade de resistência do trabalhador ou mesmo impossibilidade de vocalizar sua posição autêntica.

Penso que o melhor teria sido manter a validade do banco de horas desde que negociado coletivamente, seja quanto à sua implantação, seja quanto às suas condições de cumprimento e compensação, bem como que a compensação de jornada não devesse ser acordada tacitamente.

Como seguiu a reforma, enfraqueceu os sindicatos.

5.3.6 – Art. 59-A

“Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso

## DOCTRINA

semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.”

Repito a crítica quanto à possibilidade de, por acordo individual, implantar regimes de horários diversos dos constitucional e legalmente previstos.

Para além disso, o texto parece consentir que a concessão do intervalo seja uma faculdade, podendo o empregador eleger pagar indenização respectiva (“observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação”). Porém, é comezinho que essa interpretação não pode ser agasalhada, porque é inumano e irrazoável que alguém trabalhe 12 horas ininterruptas, sem descanso e sem alimentação. Tal interpretação violaria o princípio da dignidade humana.

Ademais, introduziu-se a figura da indenização do intervalo de repouso ou alimentação não concedido, o que significa dizer que o legislador retirou o carácter salarial que claramente a parcela tem, dado que ela visa a remunerar o tempo de trabalho realizado. Tal concepção faz toda a diferença, uma vez que, sendo de natureza compensatória o pagamento pelo intervalo suprimido, ele não repercute nas demais verbas salariais, afastada a integração nas demais parcelas remuneratórias. Ou seja, deixa-se de recolher contribuição previdenciária e o FGTS sobre os valores pagos a esse título, que não repercutirão mais em férias, natalinas, repouso remunerado, etc.

Outrossim, pelo parágrafo único, o que se tem é a supressão do pagamento, como noturnas, das horas que, nesse regime, forem cumpridas em horário legalmente havido como noturno, dando-se o mesmo com os feriados laborados, previamente tidos por compensados. É perceptível que, com isso, os trabalhadores que estão no mercado perdem direito, matematicamente.

### *5.3.7 – Parágrafo único do art. 59-B*

“Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.”

Fica evidente o paroxismo da norma: como é possível que as horas extras habituais não descaracterizem o acordo de compensação de jornada e o banco de horas, se ela própria, a habitualidade da prestação de horas extras, configuraria, por lógica necessária, a violação sistemática do acordado? E, ainda, se as horas extras forem prestadas de modo habitual é exatamente porque os termos do ajuste não dão conta da realidade do que é vivido na relação contratual. Resultado que se imporá: toda empresa quererá firmar o ajuste de compensação e o banco de horas, ainda que eles sejam desrespeitados em seus preceitos sistematicamente, porquanto que ela, em qualquer hipótese, só

experimentará vantagem com dita conduta. O que quer que faça (respeite ou não o avençado), beneficiar-se-á dos seus termos, mesmo sem ter cumprido a sua parte no negócio. Difícil imaginar violação mais patente da simetria dos contratos ou, como dizem os civilistas, violação do seu caráter sinalagmático. E o grave: promovida pela lei.

A norma trabalhista, pelo que indica a sua literalidade, permite que se ultime na seara laboral, na qual uma das partes é manifestamente hipossuficiente, aquilo que o direito comum não admite que se dê na esfera das relações jurídicas civis, em cujo bojo os contratantes estariam em posição de paridade. Reza o art. 476 do Código Civil: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

### 5.3.8 – *Parágrafo único do art. 60*

“Parágrafo único. Excetua-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.”

Nos termos do art. 60 da CLT, há necessidade de autorização prévia da autoridade do Ministério do Trabalho para a prorrogação da jornada em ambientes insalubres. O que a reforma fez foi excluir essa obrigação antecipada nos casos de jornada de 12 horas. Isso é um novo paradoxo, uma vez que a lei autoriza livremente a prorrogação por ato de particulares (o ajuste individual ou coletivo, como se viu), sem atentar para a situação sanitária que precisaria ser averiguada *in loco*. E o mais contraditório é que, nas situações de jornada de 8 horas regulares, a autorização prévia terá de ser dada pela autoridade administrativa, realizada a inspeção; na jornada de 12, não.

Poder-se-ia argumentar que o descanso de 36 horas compensa essa situação; todavia, tal linha de raciocínio desconhecera a circunstância de que, em casos de contato com agentes nocivos ou patogênicos, o tempo de exposição constitui-se em elemento definidor do grau de toxicidade e de risco à saúde humana. Portanto, a matéria não pode ficar em mãos de particulares, observado o interesse individual. O que deveria prevalecer seria o interesse social e a preservação do estado de incolumidade física do trabalhador.

### 5.3.9 – *Art. 62, inciso III*

“Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

III – os empregados em regime de teletrabalho.”

Pela clareza e segurança que o preceito encerra, foi uma boa medida, até porque resta preservado o espírito que presidia o texto original do artigo, é dizer, excetuam-se de sua regência aqueles trabalhadores cuja jornada não é controlável (inciso I) ou que exerçam cargo de gestão ou chefia (inciso II).

Os trabalhadores em regime de teletrabalho laboram fora dos olhares dos empregadores, geralmente em suas residências, o que convém a ambos os sujeitos da contratação. Ao empregador, porque poupa recursos financeiros que teria de despender caso o empregado precisasse usar as suas dependências e os seus meios como, por exemplo, energia elétrica, água, etc.; o trabalhador, porque pode fazer o seu horário como melhor lhe convier, inclusive com maior convivência familiar.

É o caso, apenas, de se precaver a situação de o empregador aumentar tanto as tarefas do empregado que vai para o regime de teletrabalho que não lhe reste alternativa senão a de aumentar as horas de labor a fim de dar conta do serviço. Tal conduta, porque fraudadora da *mens legis*, não pode prevalecer e, conseqüentemente, precisa ser evitada, mas a previsão, em si, é positiva.

### 5.3.10 – § 4º do art. 71

“§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intra-jornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.”

De novo, a lei empresta natureza indenizatória ao pagamento pelo intervalo suprimido (ver reprimenda já feita), bem assim modifica o entendimento sedimentado em súmula do TST (item I da Súmula nº 437), no sentido de que o pagamento é devido pela integralidade do intervalo que deixou de ser dado, ainda quando a supressão é parcial, e não apenas pela fração. A solução dada no novo texto legal não parece adequada, porque estimula a não concessão de intervalo que se destina a fins capitais, como o são o repouso e a alimentação do trabalhador. É que será sempre vantajoso financeiramente descumprir a lei e não dar o intervalo, uma vez que nenhum ônus financeiro advirá desta conduta, no âmbito do contrato, salvo pagar o mínimo (a hora trabalhada), o que não é reprimenda alguma, óbvio. Com isso, o empregador se apropria do intervalo do empregado, sem mais ambages, pagando um preço muito barato.

Note-se que, numa grande empresa, os postos de trabalho que seriam criados na hipótese de se observarem, com rigor, as concessões de intervalo para repouso e alimentação dos operários poderão deixar de sê-lo, bastando

ao empresário substituir esses postos novos por horas de labor suprimidas dos empregados que compõem o seu plantel, gastando menos com isso. Há, em tese, até mesmo a possibilidade, nessas corporações, de dispensa de obreiros, substituindo-os por horas de intervalo suprimidas de trabalhadores que permanecerem. Estimula-se o descumprimento da regra que impõe o intervalo, ao passo que se viola a intenção declarada da modificação: criar empregos.

### 5.3.11 – Arts. 223-A a 223-G

Agrupo, para análise conjunta, todos os dispositivos da reforma relativos à indenização do dano extrapatrimonial, é dizer, o chamado dano moral. E os abordo em conjunto porque este é um dos pontos em que mais se evidencia o viés a que fiz alusão. O que se pretendeu, em síntese, foi dar objetividade aos parâmetros de compensação, talvez para evitar aquilo que parece a alguns uma total falta de critério do julgador na fixação da reparação. Esse problema realmente existe – o de fixar valores para ressarcimento de dano moral –, mas existe em todos os ramos do Judiciário, não constituindo uma particularidade da Justiça do Trabalho. E por que é difícil? Porque não é objetivamente aferível a dor emocional. Há erros e exageros? Certamente que os há, como há em qualquer outra matéria passível de decisão por qualquer dos ramos da Justiça.

O primeiro artigo do título que trata do tema já é, por si, muito problemático. Diz ele: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho *apenas* os dispositivos deste Título” (destaquei). Mas ora, será isso mesmo o que o legislador quis dizer, ou seja, que o julgador não poderá sair do aludido título (invocar outro dispositivo legal que não integre esse específico título!), em nenhuma hipótese, para decidir uma causa, quando não encontrar ali os elementos legais que o subsidiem no julgamento? E o que acontece com o princípio da inafastabilidade da jurisdição? Dever-se-á, então, dar solução inadequada, sabidamente inconveniente ao caso concreto para não transbordar os limites do Título II-A da CLT, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.467/2017? E o Direito Civil, as regras gerais de Direito, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa e da proteção da vida, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, nada disso poderá ser invocado no julgamento de causas afetas a dano moral na seara trabalhista?

Uma vez que não existe nenhum paralelo nos demais ramos do Direito entre nós, isso significa que o dano moral na seara trabalhista é menos lesivo do que nos demais? Se um particular sofrer abalo moral, pode ajuizar ação para postular a correspondente reparação sem amarras sequer próximas dessas, por que o cidadão que o fizer, estando numa relação de emprego, tem de ser tratado



diferentemente, ou por que ele tem de receber tutela menos abrangente? Esse tratamento dissímil se justifica e se compatibiliza com a ordem constitucional? As respostas a essas indagações se impõem por si sós.

O art. 223-B tem uma redação que induz muitas dúvidas. Eis sua literalidade: “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” (destaquei). Nunca se discutiu que o dano moral atinge a pessoa física, sendo ela titular do respectivo direito a ser indenizado, e a discussão sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de ofensa moral é coisa de passado bem distante, assim na doutrina como na jurisprudência. O dispositivo, portanto, seria uma retórica declaração truística sem consequências práticas quaisquer. Ou terá ele querido dizer que o direito de obter a reparação é personalíssimo do empregado, não se transmitindo a seus herdeiros? Se essa foi a intenção, num primeiro momento de análise, dificilmente passaria no teste de constitucionalidade. Dar-se-ia que a assimetria com o que ocorre nos demais campos do Direito, de novo, revelar-se-ia de modo cabal e, a meu ver, insustentável.

A Lei, pelo art. 223-C, procurou limitar os bens jurídicos tuteláveis mediante o dever de indenizar daquele que o malfez. E o fez mediante a seguinte parametrização: “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”. É quase certo que haverá muito debate para se fixar, jurisprudencialmente, o alcance desse dispositivo. Por quê? Porque uma série de ações do empregador que não atinjam necessariamente esses bens podem, sem margem à dúvida, gerar dano moral na pessoa do empregado. Pense-se, apenas como exemplo, na situação do empregador que faz veraz promessa de contratação, mas por ato inexplicado ou mesmo por capricho não a finaliza. Em rigor técnico, ele não feriu a *honra*, a *imagem*, a *intimidade*, a *liberdade* de ação, a *autoestima*, a *sexualidade*, a *saúde*, a possibilidade de *lazer* do empregado nem sua *integridade física*, logo, não caberia indenização desse ato marcadamente antijurídico? (Mas, no campo civil, ninguém discute que a promessa incumprida de contratação é passível de indenização!). Resta evidente que houve lesão, mas ou o juiz forçaria a boa técnica e inseriria o fato em um dos núcleos deontológicos expressamente previstos na norma a fim de conceder a indenização ou simplesmente a negaria, seja porque entenderia que não houve ofensa, seja porque a ofensa não seria legalmente indenizável. Seria, simples assim, a opção entre a interpretação que fere a técnica para fazer justiça e a interpretação que nega categoricamente a justiça que se perseguiu.

## DOCTRINA

Mais um exemplo: o empregador que faz concurso público e frustra a expectativa do candidato aprovado, não o nomeando a tempo e modo, este igualmente não violaria nenhum daqueles bens decantados no artigo transcrito e estaria isento de pagar indenização? É razoável afirmar que, neste caso, não teria havido lesão moral? Limite-me a estes dois casos hipotéticos para provar o argumento.

O § 1º do art. 223-G pretendeu dar cobro à delicada questão de mensurar o dano moral, isto é, procurou objetivar os critérios de mensuração. Mas não se houve de modo feliz. Primeiro, porque realmente é tarefa árdua, muito difícil de ser alcançada. Depois, porque se viu com parâmetros que podem reafirmar discriminações patentes de nossa história social.

Apresento os termos do dispositivo: “§ 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”.

Na sequência, o § 3º autoriza a elevação ao dobro da indenização, mas somente em caso de reincidência entre partes idênticas.

Raciocinemos com o caso da ofensa gravíssima, para fins de apontar as aporias: se o empregado morrer como resultado de um acidente provocado por culpa reconhecida do empregador. O primeiro problema é saber se os seus herdeiros terão direito à indenização de *dano moral* (art. 223-B). Se a resposta for positiva, então, essa indenização terá como marco definidor o salário da vítima. Caso ela fosse o gerente da empresa, de grande porte, com salário de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a indenização poderia alcançar o patamar máximo de 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Contudo, imagine-se que, no mesmo acidente, um incêndio culposo, além do gerente, morre um auxiliar de serviços gerais que percebia salário-mínimo, ou seja, hoje, R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais). Os herdeiros deste receberiam indenização máxima de R\$ 46.850,00 (quarenta e seis mil oitocentos e cinquenta reais). Parece aceitável essa solução? Novamente, a resposta se impõe por si só.

Há mais, porém. Tendo em vista os termos do § 3º, a indenização pode ser dobrada, mas desde que a reincidência se dê entre as mesmas partes. Como só se morre uma vez, se o empregador voltar a agir culposamente e outro in-

cêndio ocorrer que venha a matar outros tantos trabalhadores, a cláusula de reincidência não se aplica e, conseqüentemente, não se majora a indenização nem se pune, claro está, o excesso de culpa visivelmente demonstrado pela insistência na conduta antijurídica.

Os casos são meramente ilustrativos, obviamente. O que eles pretendem deixar assentada é a sem-razão da norma, que termina por dar guarida à discriminação de classe, valorando a intimidade e o sentimento de cada um a partir do seu estrato social: os ricos e bem posicionados sofrem mais do que os pobres, ou têm um acréscimo de dignidade que eles, pobres, não têm, ou são mais sensíveis, etc.

### 5.3.12 – Art. 394-A

“Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.”

A mudança merece muitas críticas, porque tornou possível o que antes era pura e simplesmente vetado, sem ressalvas: o trabalho da mulher grávida ou lactante em ambiente insalubre. O valor a ser protegido na hipótese é sinal do grau de civilização, de evolução ética atingida por um povo. Não cabem reparos ou relativizações. O passo atrás foi significativo e lamentável, sob qualquer ponto de vista.

O assunto relativo ao ambiente de trabalho é tão sério que, relativamente a ele e à possibilidade de sua contaminação e da exposição do trabalhador, a OIT promulgou duas resoluções, às quais o Brasil aderiu, são elas: Resolução nº 148/77, promulgada entre nós pelo Decreto nº 93.413, de 15 de outubro de 1986, e Resolução nº 155/81, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994.

5.3.13 – *Parágrafo único do art. 444*

“Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

A norma sobrepõe, como se vê, o que for estipulado no contrato individual das classes de trabalhadores que indica àquilo que foi coletivamente negociado, dando, novamente, um significativo passo atrás nas relações de trabalho no País e caminhando na contramão do que ocorre no resto do mundo, enfraquecendo o sindicato.

E os critérios de que se serve para fazer a discriminação: ser o empregado portador de diploma de nível superior ou perceber remuneração igual ou superior ao dobro do maior benefício pago pela Previdência. São critérios duvidosos, considerada a nossa realidade social, por um lado, e considerado o fato inconteste de que os benefícios sociais pagos pelo órgão respectivo têm valores sabida e historicamente baixos.

Nos momentos de dificuldade, ainda, não se pode deixar de admitir que os trabalhadores simplesmente perdem rotundamente condições de negociar, ficando sujeitos a aceitar condições de trabalho que normalmente não aceitariam. Até certo ponto, isso é da realidade social e aceitável, mas o Direito do Trabalho visa, exatamente, impor uma barreira ou limite à atuação do sujeito hipersuficiente, de modo a que ele não possa subjugar o outro sem resistência, impondo-lhe condições inaceitáveis, sobretudo nos períodos de mar revolto.

5.3.14 – §§ 1º, 2º e 4º do art. 457

“§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empre-

gado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.”

O que a norma faz é retirar o caráter salarial de verbas que a jurisprudência e a doutrina antigas vinham de reconhecer. É o caso das comissões pagas por terceiros, que agora já não são consideradas salário. Dos prêmios, igualmente. Com isso, parcelas que integravam a remuneração e eram base de incidência da contribuição previdenciária deixarão de ser. Essa situação gerará uma aporia: certamente, por um lado, haverá perdas para o caixa do INSS, que não poderá contar mais com a arrecadação sobre tais verbas. Por outro lado, a pergunta se impõe: o empregado recolherá IR sobre essas parcelas? Elas terão natureza salarial para fins de pagamento de tributo sobre a renda, mas não o terão para efeito de recolhimento previdenciário? Onde está a lógica disso? Se se entender, no entanto, que sobre tais verbas igualmente não se recolhe imposto de renda, então se promoveria desoneração tributária evidentíssima, porque a comissão que se recebe de terceiros não é indenização, senão ganho; renda no sentido jurídico da locução a não mais poder.

Uma indagação se impõe: quem definirá o que é “desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”? O próprio empregador? Se sim, sua decisão pode ser objeto de escrutínio? A questão, seguramente, provocará muitos debates forenses.

### *5.3.15 – § 1º do art. 461*

“§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.”

A norma acrescentou uma diferenciação que permite ao empregador promover diferenciação salarial: se houver distância superior a quatro anos de tempo de serviço entre os trabalhadores envolvidos. Pelo texto, é possível que um empregado A, com vários cursos de formação e aprimoramento profissional, possa perceber salário inferior ao do empregado B, sem a mesma qualificação técnica, bastando que o último seja mais antigo na empresa do que o primeiro por, pelo menos, quatro anos. Ou seja, autoriza-se mais uma exceção ao princípio da isonomia, segundo o qual onde há trabalho igual deve existir a mesma remuneração. Efetivamente, não é uma boa inovação.

5.3.16 – § 2º do art. 468

“§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função.”

Sem meios-termos, o que a reforma fez, neste particular como em outros – alguns dos quais indicados ao longo deste trabalho e diversos tantos que não terei condições de apontar, por falta de espaço –, foi “cancelar” entendimento consagrado em verbete sumular do TST, precisamente, a Súmula nº 372, aprovada pela Resolução nº 129/05, DJ 20, 22 e 25.04.05. E qual era o *leitmotiv* do entendimento jurisprudencial consagrado faz tanto tempo, que justificou a opção das cortes trabalhistas? Garantir a estabilidade financeira do empregado, que não poderia sofrer abalos relevantes após anos a fio mantido em certo patamar remuneratório.

Diz o item I da aludida súmula: “Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira”. O princípio albergado na súmula é correto, não sendo razoável imaginar que o empregador possa reverter o empregado, após mais de uma década, sem motivo justificado, ao seu cargo efetivo e, com isso, unilateralmente, promover expressiva perda salarial. Uma vez que o empregador é o titular da empresa, ele até poderia fazer a reversão sem qualquer embaraço, mas, se essa reversão não tivesse uma razão justificável, o nível salarial do trabalhador, com o entendimento forense prevalecente e consolidado, estava assegurado. Agora, não mais.

Ao deixar de diferenciar a situação do empregador que reverte o empregado ao cargo efetivo, minorando seus rendimentos, com justificativa plausível daquele que o faz sem qualquer justificativa, ou mesmo com base em motivo injusto, a lei, de par com permitir a perda salarial que o mais das vezes é vultosa, trata de maneira igual situações jurídicas que são essencialmente diferentes.

Não me consta que isso seja modernidade.

5.3.17 – Art. 477

Antes do mais, é de se destacar a revogação dos §§ 1º e 2º do artigo, de modo a que, a partir da vigência da lei, a assistência sindical ou do Ministério do Trabalho não será condição de validade formal do recibo de quitação contratual do empregado que conte mais de um ano de casa. Não é uma mudança

elementar ou sem efeitos práticos. Ao longo de minha experiência profissional, foram muitas as ocasiões em que pude constatar a fraude na rescisão de contratos de trabalhadores, sobretudo os menos instruídos, situações essas nas quais os documentos eram formalmente válidos, mas as informações que continham revelaram-se materialmente falsas, ou porque não correspondiam aos fatos da relação de emprego ou porque os valores discriminados não eram efetivamente pagos. Nada disso, agora, precisa ser precatado mediante a homologação assistida.

A gravidade é mais notória quando se constata que, como se verá no próximo subitem, a dispensa plúrima e a dispensa coletiva foram equiparadas, em seus efeitos, à dispensa individual. Nessas ocasiões, portanto, seja apenas um o empregado dispensado imotivadamente, sejam dois mil os trabalhadores dispensados, a assistência deixa de ser obrigatória.

No caso do § 6º, a Lei dilatou o prazo para o pagamento da rescisão, eliminando as antigas alíneas *a* e *b* do dispositivo. Agora, com aviso prévio gozado ou indenizado ou dispensado, o prazo é de 10 dias após o fim do pacto.

### 5.3.18 – Art. 477-A

“Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.”

Como a jurisprudência exigia a negociação coletiva para a efetivação de dispensas coletivas, como apanágio da necessidade de minorar os efeitos sociais perversos que delas advêm, o que se fez com a equiparação das dispensas plúrimas e coletivas às individuais foi, novamente, retirar força do sindicato, esvaziando-lhe as atribuições e esgarçando as suas possibilidades de atuar em defesa dos trabalhadores, e se deu, com tal expediente, curso livre à deliberação unilateral do empregador de promover, a seu talante exclusivo, as dispensas plúrimas e coletivas sob as condições e no momento que lhe aprouver. Sequer precisa haver causa econômica ou financeira ou técnica que justifique tão drástica medida.

É possível compatibilizar essa previsão normativa com a principiologia que decorre do inciso IV do art. 1º (“*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”), dos incisos I (“*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”) e III (“*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”) do art. 3º, dos incisos I (“*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que*

preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”) e XXVI (“*reconhecimento* das convenções e acordos coletivos de trabalho”) do art. 7º, todos da CF/88? (Os termos grifados não o estão no original).

Pontue-se que nunca, no país, a “autorização” do sindicato foi necessária para a efetivação de dispensas plúrimas ou coletivas. O que se tinha, em verdade, era a necessidade de negociação coletiva, conforme decisões do TST e de acordo com a Convenção nº 158 da OIT, a fim de que os sujeitos buscassem, mediante entendimento, os seus respectivos interesses, compatibilizando-os, no que coubesse, com a geração do menor grau de dano possível.

Redigo que nem mesmo a Convenção nº 158 da OIT, no breve período em que vigeu entre nós (foi promulgada em abril de 1996 e denunciada em dezembro do mesmo ano), impedia a dispensa coletiva ou plúrima ou as sujeitava à “autorização” do sindicato; o que fazia, em rigor, era estabelecer a necessidade de comunicação aos representantes dos trabalhadores, dando-lhes a oportunidade de apresentar alternativas para “atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados” (art. 13).

De fato, se a negociação pode ser dispensável e um dos atores pode agir sozinho e sem limites, é comezinho que a liberalização empodera demais um dos sujeitos coletivos em detrimento do outro, menoscabando a defesa do emprego.

### 5.3.19 – Art. 477-B

“Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.”

Em atenção aos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade no trato, que devem margear as ações interpessoais em todos os âmbitos da vida civil, o preceito seria bem-vindo, mas existe, não nele senão em seu entorno, um problema: o carro foi posto adiante dos bois! Como admitir a quitação geral do contrato de trabalho, nesse caso, com a dispersão sindical que temos, sem qualquer organicidade ou mesmo representatividade dos sindicatos, com as ressalvas já feitas? Promovida a reforma sindical que garantisse a legitimidade dos sindicatos e respeitada a assistência que garantisse a adesão voluntária, a alteração seria laudável.

Logo, a questão a ser colocada sob escrutínio é esta: a norma trabalhista pretendeu elidir a proteção que o direito civil inclusive dá às pessoas, de modo ge-



neralizado, quando reconhece a validade dos negócios jurídicos que empreendem, sendo capaz quem os realizou e lícito o objeto, observada a forma prevista ou não defesa em lei, mas desde que inexista vício de consentimento? Se a contestação a essa indagação for afirmativa, outra se impõe: soa minimamente legítimo que entre pessoas de mesmo *status* jurídico o vício de consentimento anule o negócio mas não produza esse efeito se ele, negócio, for realizado na esfera trabalhista?

Não se negligencie o fato de que o Código Civil lança a pecha de anulável aos negócios que tenham sido feitos sob o pálio do vício de consentimento, nos termos do inciso II do art. 171 (“por vício resultante de erro, dolo, coação, *estado de perigo*, lesão ou fraude contra credores” – destaquei). Essa regra de salvaguarda dos negócios jurídicos *lato sensu* aplica-se, ou não, aos trabalhistas? Se não, por quê? É defensável a tese de acordo com a qual qualquer negócio jurídico pode ser anulável se praticado na perspectiva do vício de vontade, salvo se ele tiver sido realizado a propósito de direitos trabalhistas transacionados em plano de demissão voluntária negociado coletivamente, mas cuja adesão é individual?

Inclino-me por entender que a norma trabalhista verdadeiramente não afastou – nem poderia – a incidência da regra de proteção à vontade livre e consciente, mencionada alhures, na formulação dos negócios jurídicos, de tal maneira que, mesmo que prevista em acordo ou em convenção coletiva de trabalho a demissão voluntária, a adesão a ela será anulável na circunstância de haver sido dada sob a mácula de algum dos vícios de vontade indicados no inciso II do art. 171 do Código Civil; e não se estará, com essa conduta, negando-se vigência à lei trabalhista votada pelo Parlamento. Estar-se-á dando cumprimento a ela, respeitados, entretantes, os princípios gerais de direito e reverenciadas as normas que precatam a expressão livre da vontade. Uns e outras com ressonância em todos os ramos do direito.

### 5.3.20 – Letras a e b do inciso I do art. 484-A

“Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I – por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;”

Não teria nenhuma reserva à inovação, que consistiu na introdução de uma nova modalidade de rescisão do contrato de trabalho, com pagamento de compensação diferente daquela prevista para a dispensa sem justa causa (reduzindo-se à metade a indenização do aviso prévio e da multa do FGTS), se não tivesse existido, conforme apontei precedentemente, a desoneração da participação do sindicato ou da autoridade do MTE na fiscalização do ato jurídico respectivo, quando o empregado contar com mais de um ano de casa. Conhecendo as relações trabalhistas como são realisticamente, o temor é que o empregado seja, simplesmente, constrangido a abrir mão de direitos indiscutíveis, subscrevendo o acordo sem a ele aderir voluntariamente.

Reafirmo a necessidade de a vontade ser livre e livremente manifestada para que o negócio seja válido.

### 5.3.21 – Art. 507-B

“Art. 507-B. 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.

Parágrafo único. 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.”

O dispositivo institui a possibilidade do ajuste liberatório anual dos direitos trabalhistas devidos pelos empregadores aos empregados, desde quando a quitação haja sido passada diante do sindicato da categoria obreira. Quanto a isso, renovo os argumentos apresentados atrás, concernentes à legitimidade dos sindicatos e à autenticidade na manifestação da vontade como condição de validade do negócio jurídico firmado.

Problematizando a questão desde outro ângulo de abordagem, cabe perquirir, todavia, se essa previsão é conciliável com os prazos prescricionais dos direitos trabalhistas agasalhados na Constituição Federal. Ou seja, a eficácia liberatória do termo de quitação afasta a proteção constitucional ainda quando, em juízo, seja verificado que remanesceram direitos do trabalhador incumpridos? Isso não seria interpretar a Constituição a partir da lei, o que é absolutamente rechaçado pelo constitucionalismo moderno? Se a resposta à pergunta encetada for negativa, gerar-se-á uma situação curiosa: o recibo subscrito pelo trabalhador com a assistência sindical terá validade liberatória plena em favor do empregador, uma vez que o empregado sequer poderá demandar em juízo as parcelas que entender não quitadas corretamente, mas esse documento não produzirá o efeito contraposto em benefício do empregado, porque, se for recusada a eficácia

## DOCTRINA

liberatória buscada pelo empregador, mesmo se justificada a recusa, o obreiro precisará ir a juízo, respeitado o direito de defesa do empregador, claro, para haver hipotéticos direitos que entender inadimplidos e tiverem sido ressalvados expressamente, recaindo sobre os seus ombros o ônus da prova. O termo teria eficácia jurídica plena em favor de uma das partes, sem a possibilidade de se constituir em título de crédito em beneplácito da outra, ou mesmo sem aptidão de inverter o encargo da prova em eventual demanda trabalhista ajuizada pelo trabalhador. Para o empresário, faria prova cabal.

É chegado o momento de pôr um ponto final neste estudo, que se estendeu para além do que seria conveniente a um artigo de revista. Apesar de sua extensão indevida, muita coisa da reforma trabalhista não pôde ser abordada nele, ficando para ser apreciada, quiçá, em outra oportunidade ou em outro meio. Mas não é a ocasião de abrir uma epígrafe para a enunciação de conclusões, dado que todas aquelas às quais cheguei foram sendo desnudadas, paulatinamente, ao longo da dissertação.

As críticas empreendidas aos dispositivos reformados não significam, evidentemente, que a nova legislação não possa ser aplicada, porque a análise foi acadêmica e doutrinária. No País, cujo ordenamento jurídico sofreu influência do direito continental europeu, a lei só não é passível de efetivação quando declarada inconstitucional, não assim quando reconhecida a sua inconveniência. Logo, as mudanças que não forem reconhecidamente afrontosas à Constituição terão de ser observadas pelos tribunais. *A contrario sensu*, aquilo que ofender a Lei Maior, no entendimento da jurisprudência que se consolidará, não poderá ter acatamento, e a eventual posição nesse sentido das cortes é igualmente legítima. O tempo, senhor da razão e artífice dos homens, dirá.

Se é verdade que nós – o mundo – vivemos uma espécie de nova relação *light* com a ética, inseridos que estamos numa época pós-sacrificial, na feliz expressão de Lipovetsky – porque somos mais permissivos em quase todos os campos da existência comportamental e social –, penso que, nada obstante, no universo do trabalho assalariado, maiormente consideradas as economias estagnadas ou subdesenvolvidas do planeta, a resistência, ainda que mínima, às imposições do capital – de atuar sem nenhuma ou quase nenhuma regulação – é uma medida necessária e atual, a fim de resguardar a dignidade do trabalhador, como também a sua condição de sujeito consciente e livre que, ao vender sua força de trabalho, não se desveste, em nenhum grau, de seu *status* axiológico privilegiado de pessoa moral. Talvez esse seja um discurso *démodé* para expectativas hipercinéticas, mas eu não tenho outro.

## DOCTRINA

Faz algum tempo, fui entrevistado por uma importante jornalista social do meu Estado de Sergipe, e ela me perguntou, repetindo o que é indagado uma e outra vez, a cada momento no qual a discussão sobre o Direito do Trabalho brasileiro vem à tona, se não seria oportuno realizar uma ampla reforma na legislação obreira, especialmente na CLT, a qual, de acordo com a entrevistadora, ostentava mais de 50 anos e teria caducado, a tal ponto que não guardava coerência com as relações laborais e comerciais do mundo hodierno, o que é dito e repetido por vários analistas, sobretudo da área econômica e financeira.

No ensejo, esclareci que a pergunta é recorrente, mas não comportava uma resposta binária do tipo sim/não. E por quê? Porque, primeiro, se a CLT é da década de 40 do século passado, o fato é que ela já tinha sofrido, antes das atuais mudanças ora discutidas, mais de oito centenas de modificações ao longo dos anos; portanto, dizer que tem mais de cinquenta anos é apenas um lado da verdade, mas não toda a verdade. A CLT de antes da reforma de 2017 é e não é a de 1943. Segundo, a questão não é saber o quão velho um direito ou instituto é, mas sim precisamente perquirir se ele continua a responder pelos anseios de justiça da sociedade presente, tal como ela se revela em suas várias facetas e em seus intrincados dramas e aporias. Dei um exemplo: o direito de propriedade foi positivado, pela vez primeira, na Carta do Rei João Sem-Terra de 1215, e ninguém pensa, suponho, em dizer que ele é um instituto antigo, que deva ser repensado só porque tem mais de 800 anos de positivação. O direito de propriedade, apesar de ancestral, é plenamente contemporâneo e moderno. Outro exemplo: em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi promulgada pela ONU, em cujo artigo 22 estão previstos os direitos sociais, como apontei em tópico próprio, inclusive o estabelecimento de proteção dos filhos, sejam nascidos dentro ou fora do casamento. Nada mais consentâneo com a consciência ética de nossos dias. Quem haverá de dizer, antanho, que, por serem antigos, tais direitos estão ultrapassados ou devam ser superados? O que se coloca é saber se, na conjuntura do mundo de hoje, a proteção social dos direitos dos trabalhadores ainda é necessária, de acordo com o modelo que temos. Para mim, a resposta é inegavelmente positiva. Isso, no entanto, não elide a verdade, igualmente evidente, de que há um longo caminho a percorrer e mudanças precisavam, como precisam, ser implementadas por conta do dinamismo da sociedade tecnológica em que estamos todos perplexamente inseridos. Essas alterações podem e devem ser realizadas, com os olhos voltados para os dois atores da produção, privilegiando o estabelecimento de relações jurídicas trabalhistas humanas e valorizando a defesa dos trabalhadores e dos empresários pela atuação consequente, livre e responsável dos sindicatos.

## DOUTRINA

Finalmente, que as minhas últimas palavras não sejam minhas, mas do poeta:

“Aquelas torres que fundei ao vento  
O vento as levou já que as sustinha,  
Do mal que me ficou, a culpa é minha,  
Que sobre coisas vãs fiz fundamento.”<sup>36</sup>

---

36 Diogo Bernardes (Rimas Várias Flores do Lima).